# DIE ZUSENDUNG UNBESTELLTER WARE NACH NEUEM DEUTSCHEN HANDELSRECHT.

---

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

**SALLY FRIEDHEIM**

MÜNDER a./DEISTER.

AKAD. LAND. BIBL.

ROSTOCK.

CARL BOLDT'SCHE HOFBUCHDRUCKEREI.

1903.

# Disposition.

**A. Einleitung.**

I. § 1. Allgemeine Bemerkungen.

II. Einleitende Erörterungen.

§ 2. Definition des Wortes „Ware". Festsetzung des Begriffs „Zusendung unbestellter Ware".

§ 3. Rechtliche Natur der Zusendung unbestellter Ware. Fixierung eines bestimmten Falles. (Hauptfall.)

**B. Ausführung.**

I. Teil: Hauptfall.

I. Abschnitt: Es kommt ein Kauf zu Stande.

§ 4. Erfordernisse des verbindlichen Kaufantrages in unserem Hauptfalle.

§ 5. Wirkung des Antrages (Gebundenheit) und Dauer der Gebundenheit.

§ 6. Annahme des Antrages durch ausdrückliche dem Absender gegenüber abgegebene Willenserklärung.

§ 7. Bedeutung des Stillschweigens im Allgemeinen mit besonderer Berücksichtigung unseres Hauptfalles.

§ 8. Annahme des Antrages durch sogenannte „schlüssige Handlungen".

§ 9. Weitere Beispiele der sogenannten „stillen Annahme".

§ 10. Rechtswirkungen aus dem abgeschlossenen Kauf. Die Faktura und die Bedeutung der in ihr enthaltenen Bestimmungen.

II. Abschnitt: Es kommt kein Kauf zu Stande.

I. Titel: Abweisung seitens des Empfängers.

§ 11. Ablehnung des Antrages durch eine dem Absender gegenüber abgegebene ausdrückliche Erklärung.

§ 12. Verweigerung der Empfangnahme.

II. Titel: Weitere Verteilung der Rechte und Pflichten der Beteiligten.

§ 13. Die Zusendung ist ohne Willen oder zwar mit Willen aber ohne Kenntnis von dem Inhalt und dem Zwecke der Zusendung in die Behausung des Adressaten gelangt.

§ 14. Die Zusendung ist mit Willen und mit Kenntnis von dem Inhalt und dem Zwecke der Zusendung in den Besitz des Adressaten gelangt.

II. Teil: Weitere Fälle.

§ 15. Der Fall der Zusendung eines „aliud pro alio“ und der Fall der sogenannten „Mehrsendung“. Anwendungsgebiet der §§ 378, 379. H.G.B. II.

# Litteraturangabe.

Archiv für civilrechtliche Praxis. Band 72.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Neue Folge Band X. Aufsatz von Hallwachs.
Assmann, A.: Die unbestellten Zusendungen. Berlin. 1901.
Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. 1876—1884.
Beer, L., in der Deutschen Juristenzeitung. VI. Jahrgang. 1901. Nr. 19.
Bernhöft, F.: Das Bürgerliche Recht in Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901.
Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Band III, XIII.
Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Band 1, 2, 15. Neue Folge Band 14.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1899. 1900. cit. Cosack. B.R.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 1898. cit. Cosack. H.R.
Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Reichstagsvorlage. 1897. cit. D.
Dernburg: Pandekten. 1896. V. Auflage.
Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, $II_1$, $II_2$, III. cit. Dernburg, B. R.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 1902.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. VI. Aufl. 1898. VIII. Aufl. 1902. cit. Endem. B.R.
Endemann: Handbuch des Deutsch. Handels-, See- u. Wechselrechts. 1882. cit. Endem. Hdb.
Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. 1901.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. cit. R.O.H.G.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch (mit Erläuterungen). München. 1899.

Fränkel, L.: Die unbestellte Ware. (Jenenser Inaug.-Dissertation.) 1902.

Gareis, K.: Das Stellen zur Disposition. 1870. cit. Gareis, St. z. Disp.

Gareis, K.: Das Deutsche Handelsrecht. VI. Auflage. Berlin. 1899.

Goldschmidt: Zeitschrift des gesamten Handelsrechts. Band 4, 12. cit. Goldschmidt, Zeitsch.

Hahn, v.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1875.

Hauausek, G.: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883. cit. Hauausek, Haftung.

Hauausek, G.: Fakturen und Fakturenklauseln. 1891. cit. Hauausek, Fakturen.

Heyne, R.: De voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole. (Dissert.) 1840.

Heppe: Die Aufbewahrungspflicht von unbestellt Zugesendetem. (Erlanger Inaug.-Dissert.) 1896.

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Ihering, v.: Jurisprudenz des täglichen Lebens.

Josef, E., in der Deutschen Juristenzeitung. VI. Jahrgang. 1901. Nr. 16/17.

Klemm: Über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waren. Leipzig. 1854.

Kori: Abhandlungen über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften. 1817.

Lehmann, K.: Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt. 1899. cit. K. Lehmann. Vergl. Darst.

Lehmann, K., in Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901. cit. K. Lehmann in Lehmann-Ring.

Lehmann, H. O., in Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 1901.

Litthauer, F.: Handelsgesetzbuch (mit Erläuterungen). Berlin. 1898.

Löhr: Centralorgan für das Deutsche Handels- und Wechselrecht. Neue Folge, Band 1. 2. cit. Löhr, Centralorgan.

Luckhaus: Die unbestellte Ware. (Erlanger Inaug.-Dissertation.) 1896.

Matthiass, B.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1899.

Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe eines B.G.B. II. Auflage. 1896. cit. Mot.

Neumann: Handausgabe des B.G.B. II. Aufl. 1900.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Erläutert von G. Planck in Verbindung mit Achilles und anderen. 1897—1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches. 1897—1899. cit. Prot.
Raabe: Über die Bedeutung der Verkaufsfaktura als Beweismittel und Verpflichtungsgrund. (Erlanger Inaug.-Diss.) 1898.
Regelsberger: Pandekten. 1893.
Regelsberger: Civilrechtliche Erörterungen. 1868. cit. Regelsberger. Civ. Erört.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1899.
Savigny, v.: System des heutigen römischen Rechts. 1840.
Savigny, v.: Recht des Besitzes.
Schletter: Jahrbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Band VII.
Schlotter: Die unbestellte Ware. (Erlanger Inaug.-Dissert.) 1898.
Schürmann, Aug.: Organisation und Rechtsgewohnheiten des Deutschen Buchhandels. 1880.
Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. cit. Seuffert, Archiv.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1894. cit. Staub, H.G.B. I.
Staub: Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 1900. cit. Staub, H.G.B. II.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem B.G.B. (Iherings Jahrbücher für Dogmatik. Band 38.) 1897.
Stübel: Die Mängelanzeige im Handelsverkehre. Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht. Band X. 1900.
Tauchnitz: Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. Band 4. 24.
Treitschke: Der Kaufkontrakt. Leipzig. 1838.
Weber: Die Zusendung unbestellter Ware nach Deutschem Handelsrecht. (Erlanger Inaugural-Dissertation.) 1897.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. VI. Auflage.
Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. Band VII. Aufsatz von Winzer.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879. cit. Zitelmann, Irrtum.
Zitelmann, F.: Die Voraussetzungen für das Recht und die Pflicht des Käufers, dem Verkäufer die Ware zur Verfügung zu stellen. (Erlanger Inaug.-Dissertation) 1899. cit. Zitelmann, F.: Stellen zur Dispos.
Thöl: Lehrbuch des Handelsrechts. VI. Auflage.

# A. Einleitung.

## I. § 1. Allgemeine Bemerkungen.

Die Fälle der Zusendung unbestellter Ware sind im Geschäftsverkehre so zahlreich, dass man nicht zu weit geht, wenn man behauptet, dass an jeden Kaufmann einmal die Frage herantritt, welche Rechte er erwirbt und welche Pflichten ihm obliegen, wenn ihm unbestellte Ware zugestellt wird beziehungsweise worden ist, oder wenn er unbestellte Ware einem Anderen zustellt. Eine Anzahl Abhandlungen ist über den in Frage stehenden Gegenstand geschrieben worden, fast jeder Kommentar des alten Handelsgesetzbuches sowie fast jedes Lehrbuch des Handelsrechts enthält Erörterungen über unseren Fall oder streift denselben; eine Menge Entscheidungen hoher und höchster Gerichte ist ergangen, welchen Rechtsstreitigkeiten über Zusendung unbestellter Ware zu Grunde liegen. Es bedarf keines tiefen Eindringens in die einschlägige Litteratur, um auf die mannigfachsten Meinungsverschiedenheiten zu stossen.[1] Ebenso ist die Beurteilung unseres Falles in der Spruchpraxis eine sehr schwankende; erst in letzterer Zeit macht sich eine einigermassen einheitliche Rechtsprechung in den diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten bemerkbar. Dieser Mangel einer einheitlichen Beurteilung liegt darin, dass das alte Handelsgesetzbuch keine positiven Rechtsnormen über den in Frage stehenden

[1] Man vergleiche Puchelt Anm. 2 zu Art. 348 H.G.B. I. mit Staub. H.G.B. I. § 15 zu Art. 348.

Gegenstand hat. Es nimmt daher nicht Wunder, dass der mit der Beratung des H.G.B. I. betrauten Kommission fast in der ganzen einschlägigen Litteratur ein ernster Vorwurf gemacht wird. Gareis sagt in seiner Abhandlung „Das Stellen zur Disposition", dass sich in der Kommission „eine limitierte Auffassung des Zweckes eines Deutschen Handelsgesetzbuches" geltend gemacht habe, die „für die Sicherheit und Einheit der Rechtsprechung durchaus nicht förderlich gewesen sei"; „auf dieser bedauerlichen Auffassung" beruhe ... „der Mangel einer prinzipiellen Entscheidung über die Zusendung von unbestellten Waren".[1]

Dieses Fehlenlassen von Rechtsnormen über den in Frage stehenden Gegenstand ist absichtlich erfolgt und zwar deshalb, um dem freien Ermessen des Richters bei der Beurteilung des konkreten Falles den weitesten Spielraum zu lassen. Bei der grossen Verschiedenheit der Fälle[2] ist allerdings die weitgehendste Rücksichtnahme auf das freie richterliche Ermessen notwendig, aber weshalb der Gesetzgeber dieserhalb von der Schaffung jeglicher Rechtsnorm über einen im Geschäftsverkehre so überaus häufig vorkommenden Fall Abstand nehmen musste, ist nicht einzusehen. Das Gesetz hätte die richterliche Würdigung des einzelnen Falles, da ein verschiedenes bürgerliches Recht in den einzelnen Territorien zu Grunde lag, durch Auslegungsregeln erleichtern und hierdurch eine feste Grundlage für die prinzipielle Behandlung der Frage schaffen können. Hätte es dieses getan, so ist nicht zu zweifeln, dass dadurch sowohl die schwankende Beurteilung in der Litteratur und Judikatur als auch die Rechtsunsicherheit unter den Kaufleuten im Wesentlichen beseitigt worden wäre.

Das H.G.B. I. hat eine Neugestaltung erfahren, das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich ist ent-

---

[1] Gareis, St. z. Disp. Vorrede, Seite IV.

[2] Vergl. § 2 dieser Arbeit.

standen. Positive Rechtsnormen, welche die Fälle der Zusendung unbestellter Ware regeln, vermissen wir sowohl im H.G.B. II. als auch in dem das H.G.B. ergänzenden B.G.B. Nur über einen geringen Teil der Fälle, über den Fall der Zusendung eines aliud pro alio und über den der sogenannten Mehrsendung hat das H.G.B. II in den §§ 378. 379[1] positive Rechtsvorschriften gegeben, jedoch mit der Einschränkung, dass „die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste". Ist die Abweichung aber eine so erhebliche, so sollen, wie die Denkschrift sagt, die Grundsätze über unbestellte Ware zur Anwendung kommen. Aber wenn auch die Zahl der durch positive Rechtsnormen geregelten Fälle eine sehr geringe ist, so kann man den von Gareis der Kommission zur Beratung des H.G.B. I. gemachten Vorwurf, auch wenn man ihn als berechtigt anerkennt, nicht auf die Neugestalter des H.G.B. II. ausdehnen, denn das B.G.B. enthält eine solch' grosse Anzahl vortrefflicher, weitumfassender Rechtsgrundsätze, dass sich bei gebührender Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles und bei richtiger Anwendung der Gesetzesbestimmungen bald eine einheitliche Rechtsprechung bilden und sich so auch die Rechtsunsicherheit unter den Kaufleuten mildern wird. In der Wissenschaft herrscht allerdings noch die weitgehendste Meinungsverschiedenheit, deren Einzelheiten zu erörtern wir später noch häufig Veranlassung haben.

Um aus den Gesetzesbestimmungen leitende Grundsätze zur Regelung unserer Frage zu gewinnen, müssen wir zuerst den Begriff „unbestellte Ware" festlegen und

[1] Ob § 379 auch für den Fall des § 378 Anwendung findet, ist bestritten. Nach der herrschenden Ansicht, der auch wir uns anschliessen, muss die Bestimmung des § 379 in demselben Umfange angewendet werden wie § 378. Cf. das in § 15 dieser Arbeit Ausgeführte.

darauf die rechtliche Natur der Zusendung in den einzelnen Fällen zu erforschen suchen.

## II. Einleitende Erörterungen.

### § 2. Definition des Wortes „Ware". Festsetzung des Begriffs „Zusendung unbestellter Ware".

Der Begriff „Ware" wird in verschiedener Bedeutung gebraucht. Wir verstehen darunter eine bewegliche Sache,[1] insofern sie als Gegenstand des Handels in Betracht kommt.[2] Dass „Ware" in den von uns zu behandelnden Fällen nur eine bewegliche Sache sein kann, ist selbstverständlich, denn nur bewegliche Sachen können „zugesendet" werden. Die bewegliche Sache muss Gegenstand des Handels sein: Keine Sache ist an sich Ware. Eine bewegliche Sache, die sich noch in den Händen des Produzenten befindet, ist Produkt; sie wird erst Ware, wenn der Produzent sie aus den Händen gibt, wenn sie in den Handel kommt.

Im H.G.B. I. ist keine Definition des Wortes Ware gegeben. Der Gesetzgeber gebraucht „Ware" in verschiedener Bedeutung; einmal ist der Begriff ein weiterer, wie in den Artt. 51. 80. 335, ein andermal ein engerer, z. B. in den Artt. 273 und 306, da hier Waren und „andere bewegliche Sachen" genannt werden. Erst in zweiter Lesung ist das Wort in das H.G.B. I. aufgenommen, da hierin eine populäre Diktion und eine Hinweisung darauf liege, dass es sich besonders um solche Sachen handele, welche gewöhnlich im Handel feilgeboten werden.[3]

Auch das B.G.B. sowie das H.G.B. II. enthalten keine Begriffsbestimmung des Wortes „Ware". Im B.G.B. deckt

---

[1] Schon die römischen Rechtsquellen gebrauchen das Wort „merx", Ware, nur für „bewegliche Sache". L. 66 D. de verb. sign. 50. 16.

[2] Endemann in Endemanns Hdb. Bd. II. S. 6 f.

[3] Protokolle. S. 1289.

sich das Wort mit „bewegliche Sache“ völlig, wie ein Vergleich des § 385 mit § 764 zeigt.

Die Denkschrift zum H.G.B. II. sagt,[1] dass „unter Waren im Sinne des Gesetzbuches alle beweglichen Sachen zu verstehen sind, die Gegenstand des Handels sein können, und hierzu müssen an sich alle Arten beweglicher Sachen gerechnet werden“.[2] Aber auch das H.G.B. II. selbst lässt die gleiche Bedeutung der beiden Worte unzweideutig dadurch erkennen, dass in § 1 Nr. 1 hinter „Weiterveräusserung beweglicher Sachen“ in Klammern „Waren“ steht.

Die Wertpapiere schliesst das Gesetz aus dem Kreise der Waren bestimmt aus, lässt aber, was für unsere Abhandlung von Wichtigkeit ist, die Vorschriften über den Kauf von Waren auch für den Kauf von Wertpapieren gelten.[3] Unter „Wertpapiere“ versteht man „Urkunden, deren Innehabung Bedingung für die Verwertung (Ausübung, Übertragung . . .) des in ihnen verbrieften Privatrechts ist“.[4] Die Denkschrift sagt über den Begriff „Wertpapiere“: „Es kann nirgends zweifelhaft sein, dass es sich um Papiere handelt, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen . . . . es handelt sich nur um Papiere, die als solche den Gegenstand des Kaufes bilden, bei denen also der Erwerb des Rechtes aus dem Papiere den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papiere folgt“.[5]

---

[1] D. S. 10.

[2] K. Lehmann in Lehmann-Ring. I. Nr. 44 zu § 1.

[3] H.G.B. II. § 381 Abs. 1.

[4] Brunner in Endemanns Hdb. II. S. 496 ff.
K. Lehmann in Lehmann-Ring. Nr. 49 zu § 1.
Fischer-Henle. Anm. vor § 793 B.G.B.
Jacobi, Die Wertpapiere, S. 23.

[5] D. S. 227.

Betonen möchten wir noch, dass zum Begriff der „Ware“ keineswegs die Neuheit der beweglichen Sache gehört. Konsument ist derjenige, welcher dieselbe „verbraucht“, nicht derjenige, der sie nur abnutzt. Die Sache, welche nach der Abnutzung wieder Gegenstand des Handels wird, hat ihren Charakter als „Ware“ erst dann verloren, wenn sie bei dem Konsumenten angelangt ist. So sind gebrauchte Bücher die „Waren“ der sogenannten Antiquariate, alte Kunstgegenstände die „Waren“ der Antiquitätenhandlungen,[1] gebrauchte Briefmarken die „Waren“ der Briefmarkenhandlungen.

Auch Tiere, namentlich Haustiere, gehören zu den „Waren“, sofern sie als Gegenstand des Handels in Betracht kommen. Die von uns aufzustellenden Grundsätze über Zusendung unbestellter Ware kommen in gleicher Weise zur Anwendung, wenn Tiere Gegenstand der Zusendung sind. Die §§ 378. 379 finden also — natürlich falls die sonstigen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Bestimmungen vorliegen — auch beim Kauf von Tieren Anwendung.[2]

Eine erschöpfende kurzgefasste Definition des Begriffs „unbestellte Ware“ zu geben, ist wegen der überaus grossen Mannigfaltigkeit der Fälle, bei denen man im Geschäftsverkehre von Zusendung unbestellter Ware spricht, unmöglich. Wir müssen uns deshalb darauf beschränken, die einzelnen Hauptfälle aufzuführen, einer einheitlichen Darstellung wegen und um Wiederholungen zu vermeiden, jedoch darauf verzichten, diejenigen Umstände an dieser Stelle zu erwähnen, welche eine verschiedene Beurteilung in Bezug auf die an die Zusendung geknüpften Rechtsfolgen zulassen.

Der häufigste Fall ist der, dass jemand (der Absender) einem Anderen (dem Empfänger) Waren ohne vorauf-

---

[1] Stübel, a. a. O. S. 413 und die dort cit.

[2] Litthauer, a. a. O. Anm. a zu § 382.

gegangene Verabredung zusendet mit dem Willen und zu dem Zwecke, einen Kaufvertrag mit dem Empfänger abzuschliessen, sei es, dass die zugesendete Ware Kaufobjekt sein, sei es, dass sie nur als Probe oder Muster dienen soll, auf Grundlage deren der angebotene Kaufvertrag abzuschliessen sei. Aber nicht immer ist es die Absicht des Absenders, durch die Zusendung den Empfänger zur Eingehung eines Kaufvertrages zu veranlassen. Nicht selten kommt es vor, dass die Zusendung an den Empfänger durch einen Irrtum oder durch eine Verwechselung geschehen ist. Der Irrtum kann dadurch hervorgerufen sein, dass der Absender eine Anfrage durch irgend ein Versehen für eine Aufforderung zum Stellen eines Antrages oder gar für eine Bestellung hält. Auch infolge einer Namensverwechselung oder eines Schreibfehlers bei der Adressierung oder infolge eines Irrtums der Übermittelungsanstalt oder -person kann die Ware an einen Nichtbesteller gelangt sein. Endlich kann der Absender zur Zusendung dadurch veranlasst sein, dass er auf die Aufforderung einer zu solcher Bestellung nicht legitimierten Person hin einem Anderen Waren zustellt.

Ausser in diesen Fällen spricht man im Geschäftsverkehre noch von Zusendung unbestellter Ware, wenn der Absender dem Empfänger auf eine Bestellung hin als Erfüllung eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren liefert. Hier ist zwar zwischen den Beteiligten eine Vertragsberedung voraufgegangen, es ist eine Ware bestellt, der Absender hat aber, sei es aus Zweckmässigkeits-, sei es aus sonstigen Gründen, eine einer ganz anderen Gattung angehörende Ware, eine alia res im eigentlichen Sinne des Wortes, gesandt oder ist in Bezug auf Quantität von der Bestellung abgewichen. Unter dem H.G.B. I. waren das Reichsoberhandelsgericht sowohl wie das Reichsgericht in Übereinstimmung mit der vorherrschenden Meinung in der Litteratur sich darüber einig, dass die Grundsätze

über unbestellte Ware überall dort anzuwenden seien, wo eine „alia res“ übersendet worden war, dass insbesondere das Genehmigungspräjudiz des Art. 347 H.G.B. I. nur bei Zusendung von Waren mit Qualitätsmängeln, nicht bei Zusendung einer alia res Anwendung finden könne. Durch die Bestimmung der §§ 378. 379 sind diese Fälle in Bezug auf rechtliche Beurteilung, wie später noch näher auszuführen ist, teilweise denen gleichzustellen, in denen Waren mit Qualitätsmängeln übersendet worden sind. Wenn jedoch, so sagt die Denkschrift,[1] die übersandte „alia res“ offensichtlich eine solch' erhebliche Abweichung von der bedungenen Ware zeigt, dass der Absender die Genehmigung des Empfängers als ausgeschlossen erachten muss, so sollen die Grundsätze über . . . unbestellte Ware zur Anwendung kommen.

Noch ein Fall, bei dem man von Zusendung unbestellter Ware spricht, möge an dieser Stelle erwähnt werden, obgleich er in der einschlägigen Litteratur, jedenfalls aus dem Grunde, weil er schon im H.G.B. I. seine gesetzliche Regelung erfahren hat, mit Stillschweigen übergangen wird. Wenn wir ihn trotzdem hier erwähnen, so geschieht es einesteils deshalb, um möglichst erschöpfend die Fälle der Zusendung unbestellter Ware aufzuzählen, anderenteils aber, weil wir diesen Fall bisweilen bei der Verteilung der Rechte und Pflichten der Parteien zum Vergleich heranziehen. Der dem Art. 323 H.G.B. I. entsprechende § 362 H.G.B. II. regelt das Verhältnis zwischen Absender und Empfänger unbestellter Ware in folgenden zwei Fällen: 1) Einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ist ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zugegangen, mit dem er in Geschäftsverbindung steht; 2) einem Kaufmann ist ein solcher Antrag von jemandem zugegangen, dem gegenüber er sich zur Besorgung

[1] D. S. 243.

solcher Geschäfte erboten hat, und der Antragsteller hat in beiden Fällen zugleich mit dem Antrage Waren mitgesendet.

## § 3. Rechtliche Natur der Zusendung unbestellter Ware. Fixierung eines bestimmten Falles (Hauptfall).

Bei der Aufzählung der einzelnen Fälle haben wir gesehen, dass der Absender die Ware zu den verschiedensten Zwecken und aus dem mannigfaltigsten Anlass dem Empfänger zugesendet haben kann. Es drängt sich uns daher die Frage auf, welche rechtliche Bedeutung die Zusendung in den einzelnen Fällen hat.

Sind der Zusendung Begleitpapiere beigefügt, in denen der Absender seinen unzweifelhaften Willen über den Zweck der Zusendung dartut, so ist diese ausdrückliche Willenserklärung, was die rechtliche Bedeutung der Zusendung anbetrifft, für den Empfänger massgebend. Bei Zweifeln über die Bedeutung der in den Begleitpapieren gebrauchten Ausdrücke kommt die allgemeine Auslegungsregel des § 133 B. G. B. zur Anwendung, nach welcher bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Ist aus den Begleitpapieren weiter nichts zu ersehen als der Wille des Absenders durch die Zusendung mit dem Empfänger einen Kaufvertrag anzubahnen, so ist festzustellen, ob die Zusendung den Charakter eines verbindlichen Kaufantrages oder nur den einer unverbindlichen Einladung zur Stellung von Anträgen hat. Die Feststellung, ob das eine oder das andere der Fall ist, wird dadurch erschwert, dass im Verkehre unter Kaufleuten wohl selten der Ausdruck unverbindliche Einladung oder Aufforderung zur Stellung von Anträgen gebraucht wird, dass vielmehr die „invitatio ad offerendum“ im Handelsverkehre fast durchweg als „Antrag“ bezeichnet wird. Dieses ist umsomehr zu bedauern, als

es schon an und für sich durchaus nicht leicht ist, im konkreten Fall zu bestimmen, ob ein Antrag oder eine sogenannte Einladung vorliegt. Art. 337 H. G. B. I. bestimmte, dass ein Anerbieten zum Verkaufe, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mitteilungen von . . . Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, kein verbindlicher Antrag zum Kauf sei. Dieser Satz ist in das H. G. B. II. nicht übergegangen, da er „keine Besonderheit des Handelsrechts" ist; aber auch im B. G. B. ist er nicht aufgenommen, da er „nur eine Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts enthält". Er ist deshalb gestrichen, da es Sache der Willensauslegung sein muss, ob einem Anerbieten der fraglichen Art nach den besonderen Umständen des Falles nicht doch eine weitergehende Bedeutung beizulegen ist.[1] Die Zusendung kann in diesem Falle allerdings einen verschiedenen Charakter haben, in ihr wird sehr oft ein verbindlicher Antrag, oft auch nur eine unverbindliche Einladung liegen. Der Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen ist der, dass durch die Annahme des verbindlichen Antrages der Vertrag der Absicht des Antragstellers entsprechend in das Leben tritt, dass also m. a. W. eine Erklärung vorliegt, zu der nur die Annahme hinzuzutreten braucht, damit der Vertrag besteht;[2] es ist, wie Regelsberger[3] sagt, die zum Zwecke des Einschlagens ausgestreckte Hand. Bei der unverbindlichen Einladung will der Vorschlagende selbst die Rolle des Antragsempfängers übernehmen. Ist die Zusendung im konkreten Falle als Aufforderung zum Stellen von Anträgen zu deuten,

---

[1] D. S. 245 f.

[2] R. O. H. G. Band VII. S. 388.

K. Lehmann in Lehmann Ring Bd. II. S. 188 Anhang zum II. Abschnitt Nr. 1.

Düringer-Hachenburg, a. a. O. II. S. 77.

[3] Regelsberger in Endemann Hdb. II. S. 424.

so soll der Empfänger der Ware seinerseits einen Kaufantrag stellen und so die Entscheidung über Entstehen oder Nichtentstehen des Kaufvertrages in die Hand des Absenders legen.

In den weitaus meisten Fällen werden die Faktura oder sonstige Begleitpapiere, die bei derartigen Zusendungen in der Regel beigefügt werden, keine Zweifel über die rechtliche Bedeutung der Zusendung aufkommen lassen oder doch dieselben schnell beseitigen. Sind jedoch keine solche Papiere vorhanden, so muss der Richter aus den begleitenden Nebenumständen die rechtliche Bedeutung zu erforschen suchen. Hierbei ist folgendes zu beachten: In der Zusendung unbestellter Ware ist eine Privatwillenserklärung enthalten. Willenserklärung im Sinne des B. G. B. ist das bewusste Verhalten einer Person, aus welchem der Schluss gezogen wird, dass eine rechtliche Folge eintreten soll. Nicht nur in einem Tun, sondern auch in einem Unterlassen, Schweigen kann eine Willenserklärung liegen.[1] Das Verhalten einer Person soll die Grundlage zu einem Schlusse für Andere sein. Ob das Verhalten einer Person diese Bedeutung hat, darüber entscheidet, falls nicht Gesetz oder Rechtsgeschäft selbst die Voraussetzungen aufstellen, die Verkehrssitte, im Handelsrecht die kaufmännische Verkehrssitte, der Handelsbrauch. Das Königliche Appellationsgericht zu Leipzig[2] entschied, dass trotz der Intention des Absenders, dem Empfänger eine Kaufofferte zu machen, der Empfänger zu der Annahme berechtigt war, die Ware sei ihm übersendet, damit er einen Kauf über dieselbe vermitteln möge, da ein derartiges Vertragsverhältnis zwischen den beiden Parteien früher bestand. Diese Entscheidung ist mit Recht erfolgt, denn in dem Verhalten des Absenders, genauer in dem Unterlassen der Mitteilung, dass die Zusendung

---

[1] Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 6 f.
[2] Busch's Arch. Band VIII. S. 84 ff.

in dem fraglichen Falle als Kaufantrag erfolgt sei, liegt nach der Verkehrssitte die Willenserklärung des Absenders, dass er die Ware zu demselben Zwecke übersendet habe wie früher.

An dieser Stelle mögen auch einige Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts angeführt werden, nach denen man zu demselben Resultat gelangen würde: In einer Entscheidung[1] führt das R. O. H. G. aus, dass „Erklärungen gegen den auszulegen sind, welcher klarer sich hätte ausdrücken sollen"; in einer anderen Entscheidung[2] macht das R. O. H. G. folgende zutreffende Ausführungen: „Um in manchen Fällen zu einem sicheren Ergebnisse bezüglich des Willens der Kontrahenten zu gelangen, müssen neben dem Wortlaute und Zusammenhange des gesamten Vertrages das frühere Verhalten der Beteiligten und der erkennbare Zweck der Kontrahenten unter Berücksichtigung der allgemeinen Interpretationsregeln in Betracht gezogen werden.

Wo solche Tatumstände nicht besonders darauf hinweisen, dass die Zusendung eine andere rechtliche Bedeutung hat, ist anzunehmen, dass die Zusendung unter Stellung eines verbindlichen Kaufantrages erfolgt ist mit der Ware als Kaufobjekt. Dieses ist der normalste und häufigste Fall und im Zweifel ist „im kaufmännischen Verkehre das Gewöhnliche und Regelmässige als das im konkreten Falle Gewollte zu betrachten".[3] Diesen Fall haben wir im Auge, wenn wir im Folgenden von Zusendung unbestellter Ware schlechthin (Hauptfall) sprechen. Der Kürze halber sei diese Ungenauigkeit gestattet. Da die vorliegende Arbeit sich auf die Zusendung unbestellter Ware „nach neuem Deutschen Handelsrecht" beschränkt, so setzen wir in allen Fällen voraus, dass beide Parteien Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute, sind, so dass sie

[1] Entsch. des R. O. H. G. Bd. VIII. S. 230.
[2] Bd. VI. S. 67 Entsch. des R. O. H. G.
[3] R. O. H. G. Band IV. S. 402 ff.

einerseits zur Beobachtung der kaufmännischen Verkehrssitte verpflichtet sind,[1] andererseits — vorausgesetzt, dass die sonstigen Voraussetzungen vorliegen — § 378 H.G.B. II. Anwendung findet; ferner dass eine Distanzsendung vorliegt, d. h. dass die Ware von einem anderen Orte übersendet ist, so dass — natürlich auch hier vorausgesetzt, dass die sonstigen Voraussetzungen vorliegen — § 379 H.G.B. II. Anwendung finden muss; endlich soll ein Verhandeln unter Abwesenden stattfinden.

---

# B. Ausführung.

## I. Teil. Hauptfall.

### I. Abschnitt. Es kommt ein Kauf zu Stande.

#### § 4. Erfordernisse des Antrages in unserem Hauptfall.

Bei dem soeben festgelegten Hauptfalle ergeben sich zwei Möglichkeiten, entweder kommt der angebotene Kaufvertrag zum Abschluss oder es kommt kein Kauf zu Stande. Damit es zum Vertragsschlusse ohne weiteres Verhandeln kommen kann, muss ein verbindlicher Antrag vorliegen. Wir haben im vorigen Paragraphen den Unterschied zwischen der sogenannten Einladung und dem verbindlichen Antrage zu erklären versucht, wobei wir erwähnten, dass nach der herrschenden Meinung der verbindliche Antrag eine Willensbetätigung enthalten muss, zu der nur die Annahme hinzuzutreten braucht, um den Vertrag zum Entstehen zu bringen, m. a. W. der Antrag muss „vollständig" sein. Die Vollständigkeit kann sich entweder aus der Erklärung selbst, in unserem Falle aus den Begleitpapieren oder aus anderen sie ergänzenden Umständen, wie z. B. aus früheren Geschäftsabschlüssen zwischen den beiden

[1] H.G.B. II. § 346.

Parteien ergeben. Der Antrag muss sich über alle Punkte, über welche eine Einigung als erforderlich vorausgesetzt wird, aussprechen.[1] Fehlen solche, so ist kein bindender Antrag vorhanden. Zur Vollständigkeit gehört insbesondere 1) Bestimmtheit des Kaufobjektes und 2) Bestimmtheit des Kaufpreises. Das Moment der Bestimmtheit des Kaufobjektes ist in unserem Falle vorhanden, denn durch das Ausscheiden und Trennen der Ware von einem grösseren Warenposten ist das Kaufobjekt individualisiert und bestimmt: diese Ware, von der Beschaffenheit, wie sie bei der Ablieferung bei dem Empfänger ankommt, mit ihren Vorzügen und ihren Mängeln ist Gegenstand des Kaufes. Was die Bestimmtheit des Preises anbetrifft, so verlangte das römische Recht ein „certum pretium", einen genau stipulierten Kaufpreis.[2] Aber schon im gemeinen Recht nimmt man an, dass der Kaufpreis nicht genau fixiert zu sein braucht, sondern man verlangt nur, dass er bestimmbar sei.[3] An dieser Meinung der Bestimmbarkeit hat man auch unter dem H.G.B. I. festgehalten,[4] entgegen der Bestimmung des Art. 337, in welchem ein bestimmt bezeichneter Preis verlangt wird. Sowohl das H.G.B. II. als auch das B.G.B. haben mit Rücksichtnahme auf den modernen Handelsverkehr mit seiner Beweglichkeit und seinem Streben nach möglichst grosser Formfreiheit die in Art. 337 H.G.B. I. gegebene Bestimmung nicht aufgenommen, und man verlangt auch neuerdings nur eine mittelbare Erkennbarkeit des Kaufpreises.[5] Ist der Kaufpreis von dem Verkäufer in einem Begleitschreiben (Faktura)

---

[1] B.G.B. § 154 Abs. 1.

[2] pr. J. de empt. et vend. 3. 23.
l. 35 § 1 D. de contr. empt. 18. 1.

[3] Bechmann, a. a. O. Bd. II S. 338.
Dernburg, Pandekten Bd. II S. 258 ff.

[4] Thöl, a. a. O. Bd. I. § 252.

[5] Matthiass, a. a. O. Bd. I. S. 298.
Dernburg, B. R. Bd. II$_1$ § 85—87, Bd. II$_2$ § 170. IV.

ausdrücklich bestimmt, so ist der Kaufvertrag natürlich unter Zugrundelegung dieses Preises zu schliessen. In den Fällen, in denen der Preis nicht ausdrücklich fixiert worden ist, ist zunächst zu untersuchen, ob nicht eine stillschweigende Festsetzung [1] bereits im Antrage erfolgt ist.[2] Eine stillschweigende Bestimmung wird in Fällen, wo für die Festsetzung des Kaufpreises ein objektiver Massstab besteht, regelmässig zu unterstellen sein. Solche objektiven Massstäbe sind der Markt-, Börsen-, ortsübliche oder der aus bestehenden Taxen, Laden- oder Lagerpreisen ersichtliche Preis. Sind jedoch keine solche Massstäbe vorhanden oder geben sie keinen ziffernmässig bestimmten Preis, sondern nur einen Mindest- oder Höchstbetrag, zwischen denen ein mehr oder weniger weiter Spielraum liegt, so greift § 316 B. G. B. Platz, wonach in den Fällen, in denen der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt ist, die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zusteht, welcher die Gegenleistung zu fordern hat. Auf den ersten Blick scheint diese Bestimmung sehr gefährlich zu sein, da nach derselben der Käufer völlig der Gnade oder Ungnade des Verkäufers verfallen ist. Aber § 316 B. G. B. ist nur im Zusammenhange mit § 315 B. G. B. anzuwenden und hiernach ist der Willkür des Verkäufers keineswegs ein so bedenklicher Einfluss eingeräumt, denn das Gesetz hat dem freien Bestimmungsrecht des Verkäufers im § 315 Abs. 1 eine Schranke gesetzt dahingehend, dass die Preisbestimmung des Verkäufers „nach billigem Ermessen“ zu treffen ist. Entspricht die Bestimmung der Billigkeit nicht, so kann der Käufer die Bestimmung durch Urteil treffen lassen; dasselbe Recht steht ihm zu, wenn die Bestimmung ver-

[1] Die beiden Kontrahenten haben vielleicht kurze Zeit vorher einen Kauf über eine Ware derselben Gattung und von gleicher Qualität zu einem bestimmten Preise abgeschlossen. Dann gilt für unseren Fall im Zweifel derselbe Preis.

[2] Oertmann, a. a. O. Anm. 6 zu § 315.

zögert wird.[1] Letzteres ist deshalb von Wichtigkeit, da hierdurch dem Käufer erspart wird, den langwierigen Weg der §§ 887, 888 Z. P. O. einzuschlagen.[2] Wenn jedoch die Möglichkeit einer Feststellung fehlt, so entbehrt der Antrag der Vollständigkeit; die Zusendung hat in diesem Falle den Charakter einer invitatio ad offerendum. Dieses wird wohl immer der Fall sein, wenn es sich um Waren handelt, die einen Liebhaber- oder Kennerwert haben, wie Rennpferde, Originalgemälde, Antiquitäten oder dergleichen Sachen.[3]

Es soll bei unserem Hauptfall sich um eine „Distanzsendung" handeln.[4] Die der Zusendung beigefügte oder in ihr enthaltene Erklärung soll ferner dem Empfänger nicht in persönlicher Gegenwart abgegeben werden; es handelt sich vielmehr um „eine einem Abwesenden gegenüber abzugebende Willenserklärung". Nach H. G. B. I. Artt. 319 bis 321 wird die einem Abwesenden gegenüber abzugebende Willenserklärung in dem Zeitpunkte rechtlich wirksam, in welchem sie ihm „zugegangen" ist. Die Erklärung ist dem Adressaten zugegangen, wenn er in die Lage gesetzt worden ist, sich unter regelmässigen Verhältnissen von derselben Kenntnis zu verschaffen: wirkliche Kenntnisnahme ist zur Wirksamkeit nicht erforderlich. Das H. G. B. II. hat diese Materie nicht geregelt, sondern hat die Regelung derselben dem B. G. B. überlassen, welches sich in § 130 im Wesentlichen auf den Standpunkt des H. G. B. I. stellt. Der Antrag gilt jedoch dem Empfänger als nicht zugegangen, wenn vorher oder gleichzeitig mit dem Antrage ein Widerruf zugeht.[5] Läuft bei dem Empfänger, bevor er in die Lage gesetzt worden ist, sich von der Willenserklärung Kenntnis zu verschaffen, oder

---

[1] B. G. B. § 315 Satz 3.

[2] Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 5 zu § 315.

[3] Endemann, B. R. Band I S. 705.

[4] Vergl. § 3 dieser Arbeit, Schlusssatz.

[5] § 130 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.

gleichzeitig eine Erklärung des Absenders ein des Inhalts, dass die der Zusendung beigefügte oder in ihr enthaltene Erklärung keine Geltung haben soll, so ist mit dem „Zugehen“ dieser zweiten Erklärung die erste ihres Charakters als verbindlicher Antrag entkleidet.

## § 5. Wirkung des Antrages (Gebundenheit) und Dauer der Gebundenheit.

Der Vertragsantrag versetzt den Antragenden in einen Zustand der Schwebe in eine gewisse Gebundenheit, sobald der Antrag dem Empfänger zugegangen ist.[1] Das B. G. B. hat sich mit dieser Bestimmung wiederum, unter Ablehnung der im gemeinen Recht herrschenden freien Widerruflichkeit des Antrages, dem H. G. B. I.[2] angeschlossen. Jedoch kann der Antragende die Gebundenheit ausschliessen; der Vorbehalt der Unverbindlichkeit des Antrages muss dem Adressaten aber spätestens mit dem Antrage zukommen.[3] Meinungsverschiedenheit herrscht darüber, welche rechtliche Bedeutung der Ausschluss der Gebundenheit hat, ob die Offerte unwirksam wird oder ob sie dem Antragenden nur das Recht des Widerrufs gibt, so lange keine Annahme erfolgte. Die vorherrschende Meinung geht dahin, dass mit dem Ausschluss der Gebundenheit der Antrag nicht unwirksam wird, dass vielmehr ein Widerruf hinzukommen muss, um den Antrag zum Erlöschen zu bringen.[4] In der zweiten Kommission war ein Antrag folgenden Inhalts

---

[1] B. G. B. § 145.

[2] H. G. B. I. Art. 319.

[3] Matthiass, a. a. O. I. S. 171.

[4] E. 1. § 31. Not. I. S. 168. Prot. I. S. 76.
Planck, a. a. O. I. Erl. 3 zu § 145.
Matthiass, a. a. O. I. S. 171.
Assmann, a. a. O. S. 39.
Staub (H. G. B. II. Anm. 12. Exkurs zu § 361) sieht in einer derartigen Erklärung nur eine sogenannte Einladung zum Stellen von Anträgen.

gestellt worden: „Ein Vertragsantrag liegt nicht vor, wenn derjenige, welcher den Anderen zur Schliessung eines Vertrages auffordert, sich seine Entschliessung vorbehält, bis ihm die Erklärung zugekommen ist;“ dieser Antrag ist aber abgelehnt worden. Man unterschied bei der Beratung hierüber den Vorbehalt des Widerrufs, den man in der Ausschliessung der Gebundenheit sah, und die Ablehnung jeder Gebundenheit, so dass der Antragende auch ohne Widerruf freibleibe. Letzterenfalls liege nur eine invitatio ad offerendum vor.[1] Im Handelsverkehre kommen derartige Klauseln häufig vor. Lautet eine solche „Widerruf vorbehalten“, so dürfte wohl kein Zweifel vorhanden sein, dass ein bindender Antrag vorliegt, der erst durch Widerruf zum Erlöschen gebracht wird. Dagegen dürfte aus den Worten des Antragenden „ohne Obligo“, „ohne Verbindlichkeit“, „freibleibend“ geschlossen werden, dass der Antragende sich völlige Freiheit des Handelns hat sichern wollen, so dass in der Erklärung nur eine unverbindliche Einladung zu erblicken ist.[2] Schwieriger ist die Auslegung der Klausel „Zwischenverkäufe vorbehalten“. Man dürfte sich wohl der Ansicht Düringers und Hachenburgs anschliessen, nach denen in der Klausel ein Vorbehalt des Widerrufs zu erblicken ist. Da die Bedeutung der Klauseln nicht genau festliegt, so sind auch hier wieder die begleitenden Umstände des einzelnen Falles für die Deutung massgebend.

Liegt ein Antrag vor, bei dem die Gebundenheit ausgeschlossen ist, so muss, damit der Antrag unwirksam wird, ein Widerruf erfolgen, welcher jedoch als empfangsbedürftige Willenserklärung erst rechtswirksam wird, wenn er dem Adressaten zugegangen ist. Der Widerruf muss

---

[1] Prot. I. S. 76.

[2] Ebenso R. O. H. G. XIV. S. 81. Fuchsberger, Entsch. des R. O. H. G. u. R. G. S. 703.

a. M. Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 78, betreffs der Klausel „freibleibend“.

dem Adressaten grundsätzlich zugegangen sein, bevor die Annahmeerklärung durch Empfang seitens des Antragstellers wirksam geworden ist.[1] Doch gilt für unseren Fall eine Besonderheit, die sich aus der Anwendung des § 151 B.G.B. auf unseren Fall ergibt. Wenn nicht ausdrückliche dem Antragenden gegenüber abzugebende Annahmeerklärung verlangt ist,[2] kann bei der als Kaufantrag erfolgten Zusendung die Annahme erfolgen ohne eine dem Absender gegenüber abgegebene Annahmeerklärung.[3] Der Kaufvertrag kann also perfekt werden durch die blosse Annahme. Liegt also ein solcher Annahmeakt vor, so ist der Vertrag geschlossen. Ein Antrag liegt jetzt nicht mehr vor, kann daher auch nicht widerrufen werden. Hieraus folgt, dass ein Widerruf, um rechtswirksam zu sein, dem Empfänger vor der Annahmebetätigung zugegangen sein muss.

Da nur innerhalb der Zeit, in welcher der Antragende an seinen Antrag gebunden ist, der „Annahmefrist", die Annahme des Antrages rechtsgiltig erfolgen kann, so ist eine weitere Frage, wie lange die Gebundenheit des Antragstellers währt. Die Gebundenheit hört nach B.G.B. § 146 auf und der Antrag erlischt, wenn er nicht rechtzeitig angenommen worden ist. Für die Rechtzeitigkeit der Annahme ist in erster Linie eine vom Antragsteller für die Annahme bestimmte Erklärungsfrist massgebend.[4] Hat der Absender der unbestellten Ware dem Empfänger ausdrücklich einen Zeitpunkt bestimmt, bis zu welchem er an den Antrag gebunden sein will, so kann die Annahme

---

[1] Matthiass, a. a. O. S. 171.
Regelsberger, Zivilr. Er. § 17.
Assmann, a. a. O. S. 39.

[2] Die Klausel „Widerruf vorbehalten" enthält noch nicht eine solche Bestimmung.

[3] Vergl. §§ 6, 7 dieser Arbeit.

[4] B.G.B. § 148.

nur innerhalb dieser Frist erfolgen. Mit dem Ablauf der Frist erlischt der Antrag ipso jure.[1]

Das B.G.B. unterscheidet betreffs der Dauer der Gebundenheit bei Fehlen einer Fristbestimmung, ob ein Verhandeln unter Anwesenden oder unter Abwesenden stattfindet. Bei einem Verhandeln unter Anwesenden muss die Antwort sofort erfolgen; das Verhandeln mittelst Fernsprecher gilt als ein Verhandeln unter Anwesenden.[2] Unterhandelt der Absender der Ware telephonisch mit dem Empfänger, so hört die Wirkung des Antrages grundsätzlich mit der Trennung der Verbindung auf. Ob in dem Lagernlassen der Ware bei dem Empfänger nach dem Verhandeln die Wiederholung des Antrages erblickt werden kann, ist im konkreten Falle unter Berücksichtigung des Verhandelns der Parteien festzustellen. Ist das Gespräch abgebrochen mit der Erklärung des Antragenden, der Empfänger möge „sich die Sache noch einmal überlegen", so ist der Antrag nicht erloschen, sondern die Annahmefrist verlängert. Dagegen dürfte das längere Lagernlassen der Ware bei dem Empfänger nach Scheitern des Vertragsschlusses wohl als Wiederholung des Antrages angesehen werden müssen.

Der Natur der Sache entsprechend ist die gesetzliche Annahmefrist bei einem Antrage unter Abwesenden eine längere. Der im Wesentlichen dem Art. 319 Abs. 1 H.G.B. I. entsprechende § 147 Abs. 2 B.G.B. bestimmt, dass die Annahme in diesem Falle bis zu dem Zeitpunkte erfolgen kann, in welchem der Antragsteller die Antwort „unter regelmässigen Umständen" erwarten darf. Die gesetzliche Annahmefrist setzt sich hiernach zusammen aus:

---

[1] So schon unter dem H.G.B. I. v. Hahn, a. a. O. S. 199. Regelsberger, Zivilr. Er. S. 76. E. des R.O.H.G. III. S. 117 VI. S. 244. X. S. 11. XIV. S. 300; anders Bekker, Jahrbuch des G.R. II. S. 388. Hauser in Goldschmidt Ztschr. XII. S. 55. Thöl, a. a. O. I. S. 734 § 237: „Der Antrag gilt als zurückgenommen.

[2] B.G.B. 147. 1.

1) der Zeit der Beförderung des Antrages vom Antragenden zum Adressaten,
2) der Erledigungszeit, d. i. die Zeit der Prüfung des Antrages und der Überlegung,
3) der Zeit der Beförderung der Annahmeerklärung vom Adressaten zum Empfänger.

Bei 1) ist die Art des Beförderungsmittels, z. B. ob die Begleitpapiere einer Bahnsendung (Eilgutsendung oder gewöhnlichen Frachtgutsendung) oder Postsendung beigefügt sind, zu berücksichtigen, bei 2) die für die Untersuchung nötige Zeit und bei 3) die Art der Beförderung, die ordnungsmässig vom Adressaten hätte gewählt werden müssen. Hierbei ist noch besonders zu beachten, dass der Adressat den für die Annahmeerklärung vom Antragenden vorgeschriebenen Weg zu wählen hat. Hat der Antragende keinen Beförderungsweg ausdrücklich bestimmt, so hat nach feststehendem Handelsbrauch der Adressat für die Annahmeerklärung einen ebenso geeigneten Beförderungsweg zu wählen, wie ihn der Antragende für die Antragserklärung gewählt hat. Wenn in unserem Hauptfalle der Absender der Ware eine ausdrückliche Annahmeerklärung verlangt hat, so wird § 148 bezw. § 147 Abs. 2 Anwendung finden müssen.

Eine verspätete Annahme gilt nach § 150 B.G.B. als neuer Antrag. Jedoch ist der Antragende, falls die rechtzeitig abgesendete Annahmeerklärung verspätet eintrifft, dann verpflichtet, dem Annehmenden von der Verspätung unverzüglich Mitteilung zukommen zu lassen, wenn er die Rechtzeitigkeit der Absendung erkennen musste. Musste er dieses nicht erkennen, so gilt nach § 150 die Annahme, wie schon erwähnt, als neuer Antrag. Bei Vorliegen jener Voraussetzung gilt, falls der Offerent die Absendung der Anzeige verzögert, die Annahme als nicht verspätet; der Antrag ist also zustande gekommen.

In den Fällen, in denen sowohl Fristfestsetzung als auch die Bestimmung, dass nur durch ausdrückliche Er-

klärung der Antrag angenommen werden kann, fehlt, kommt § 151 Satz 3 B. G. B. zur Anwendung. Hiernach bestimmt sich der Zeitpunkt, in welchem der Antrag zu einem Vertrage erlischt, dessen Zustandekommen nach der Verkehrssitte einer Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden nicht bedarf,[1] nach dem aus dem Antrage oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden. Da die Ware dem Empfänger ohne Fristbestimmung zugeschickt worden ist, so kann der Empfänger sich die Ware beliebig spät aneignen und durch diese Aneignung den Vertrag zur Perfektion bringen. Der „aus den Umständen" zu entnehmende Wille des Antragstellers ist der, dass er an seinen Antrag gebunden sein will, so lange er die Ware dem Empfänger zur Aneignung in dessen Gewahrsam lässt.[2] Die Bestimmung des § 147 Abs. 2 kann hier nicht angewendet werden, denn sie ist nur für die Fälle gegeben, bei denen der Vertrag nur durch eine ausdrückliche dem abwesenden Antragsteller gegenüber abzugebende Willenserklärung zustande kommen kann.[3]

Man hat nun gesagt, dass, wenn man dem Empfänger das Recht zugestehen würde, den Vertragsantrag in unserem Falle beliebig spät anzunehmen, man ihm die Befugnis geben würde, auf Kosten des Absenders zu spekulieren.[4] Aber auch dieser Grund ist nicht stichhaltig, denn der Absender kann sich bei Zusendung der Ware gegen eine ihm nachteilige Annahme sichern, sei es dass

---

[1] Der in der Zusendung unbestellter Ware enthaltene Vertragsantrag ist grundsätzlich, wie unter §§ 6, 7 ausgeführt wird, ein solcher.

[2] Hölder, a. a. O. S. 332.
a. M. Fränkel, a. a. O. S. 19.

[3] Fischer-Henle Anm. 6 u. 7 zu § 147.
Man beachte auch die Worte des § 147: „Eingang der Antwort".

[4] Wolff in Buschs Arch. Bd. XV. S. 310 f.

er eine unverzügliche ihm gegenüber abzugebende Annahmeerklärung verlangt oder dem Antragsempfänger eine sonstige Fristbestimmung zukommen lässt, bis zu welcher Zeit er an seinen Antrag gebunden sein will, sei es dass er durch die angeführten Klauseln der Zusendung den Charakter einer blossen Einladung gibt bezw. den eines verbindlichen Antrages mit Vorbehalt des Widerrufs.[1] Ausserdem ist auch der Antrag nicht völlig unwiderruflich. Setzt der Absender dem Empfänger nachträglich eine Frist, so ist diese Fristbestimmung für die Rechtzeitigkeit der Annahme massgebend; ebenso ist der Antrag erloschen, wenn der Antragsteller den Empfänger auffordert, den Antrag nunmehr unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) anzunehmen und der Empfänger dieser Aufforderung nicht nachkommt.[2]

Es möge an dieser Stelle noch in Kürze erwähnt werden, welche Wirkung der Tod oder der Verlust der Geschäftsfähigkeit einer Partei auf den Antrag ausübt. Während für das gemeine Recht der Satz galt, dass der Vertragsantrag durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers hinfällig wird,[3] bestimmt § 153 B. G. B., in Übereinstimmung mit Art. 297 H. G. B. I., dass das Zustandekommen des Vertrages durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Antragenden grundsätzlich nicht gehindert wird. Die Bestimmung soll jedoch nicht Platz greifen, wenn ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. Dieses letztere wird in unserem Hauptfalle wohl kaum anzunehmen sein.

Was den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Antragsempfängers anlangt, so enthielt § 89 des Entwurfs I eines B. G. B. eine Bestimmung, nach welcher auch diese

---

[1] E. des R.O.H.G. XIV. S. 81.
Rehbein, a. a. O. I. S. 210.

[2] Hölder, a. a. O. § 151. S. 332.

[3] Windscheid, a. a. O. Bd. II. § 307.
Dernburg, Pand. Bd. II. § 11 Note 16.

Tatsachen auf die Wirksamkeit des Antrages keinen Einfluss haben sollten; diese Stelle ist von der zweiten Kommission gestrichen.[1] Das B. G. B. enthält hierüber keine Bestimmung. Es wird daher im konkreten Falle zu untersuchen sein, ob der Wille des Antragenden dahin geht, auch mit den Rechtsnachfolgern bezw. mit einem Geschäftsunfähigen durch dessen Vertreter den Vertrag zu schliessen. Grundsätzlich behält der Antrag seine Wirksamkeit. Ist jedoch die Persönlichkeit, sei es nach Parteiabsicht, sei es nach der Natur des Geschäfts, wesentlich, so ist der Antrag erloschen.[2] Übersendet eine renommierte Fabrik einem als äusserst tüchtig bekannten Kaufmann unbestellte Ware zum Kauf, indem sie ihm gleichzeitig die Vertretung ihrer Fabrikate für einen bestimmten Bezirk anbietet, den der Antragsempfänger selbst bereist, so ist dieser Antrag mit dem Tode bezw. der Geschäftsunfähigkeit des Adressaten unwirksam geworden, da hier die Person für den Antrag ausschlaggebend gewesen ist. Bereist der Kaufmann jedoch den Bezirk nicht selbst, sondern ist er nur Inhaber einer gut eingeführten Firma gewesen und wird das Geschäft von den Erben in unveränderter Weise fortgeführt, so dürfte der Antrag als an die Firma, d. h. als an den jeweiligen Inhaber, gerichtet gelten.

## § 6. Annahme des Antrages durch ausdrückliche dem Absender gegenüber abgegebene Annahmeerklärung.

Sagt dem Empfänger die Ware zu und hat er die Absicht, mit dem Absender den angebotenen Kaufvertrag zu schliessen, so wird er dieses am deutlichsten dadurch kundtun, dass er dem Absender einen Brief mit einer dahingehenden Willenserklärung sendet. Man spricht von aus-

[1] Prot. I. S. 86.

[2] Matthiass, a. a. O. I. S. 166.
Düringer-Hachenburg, II. S. 83.

drücklichen Willenserklärungen und versteht darunter Erklärungen, die den Willen des Handelnden unmittelbar erkennen lassen, während man unter stillschweigenden Willenserklärungen Betätigungen des Willens versteht, die einen anderen Zweck verfolgen, jedoch einen sicheren Schluss auf den Willen zulassen.[1]

Hat der Absender eine ausdrückliche ihm gegenüber abzugebende Annahmeerklärung verlangt, so kann der Vertrag nur durch eine solche zum Abschluss kommen. In den Fällen, in denen der Absender die Annahmeerklärung bis zu einem gewissen Zeitpunkt verlangt hat bezw. zu verlangen berechtigt ist, muss die Annahmeerklärung fristgerecht erfolgen. Die verspätete Annahmeerklärung des Empfängers hat die Bedeutung eines neuen, dem Absender gestellten Antrages, an den nunmehr der Empfänger gebunden ist und zwar bis zu dem Zeitpunkte, zu welchem er den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf.[2] Eine Ausnahme von dem entwickelten Satze tritt nur für den Fall ein, dass nicht die Absendung der Annahmeerklärung, sondern nur deren Ankunft verzögert ist, wenn also die Erklärung rechtzeitig abgeschickt, trotzdem aber nach Ablauf der Frist beim Antragsteller eingelaufen ist. In diesem Falle wird in § 149 B. G. B. bestimmt, dass der Antragende dem Annehmenden, wenn ersterer erkennen musste, dass die Annahmeerklärung ihm bei regelmässiger Beförderung rechtzeitig zugegangen sein würde, die Verspätung unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzeigen muss, andernfalls die Annahme

---

[1] Savigny, System. Bd. III. S. 242.

Jedoch liegen die Ausdrücke durchaus nicht fest. (vgl. Matthiass, a. a. O. I. S. 161.)

Dernburg, B. R. I. S. 393 versteht ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen dahin, dass jene eine grössere, diese eine geringere Unzweideutigkeit enthalten. Aber wo ist hier die Grenze?

[2] B. G. B. § 150 Abs. 1 in Verbind. mit § 147 Abs. 2.

als nicht verspätet gilt. Während also dann, wenn die Annahmeerklärung verspätet abgesendet worden ist, beim Schweigen des Antragenden der Vertrag nicht zustande kommt, kommt er zustande, wenn die Annahmeerklärung rechtzeitig abgeschickt worden ist aber zu spät ankommt und der Offerent, obgleich er dieses merkt, schweigt.

Damit der Vertrag zur Perfektion gelangt, muss der Empfänger den ihm von dem Absender durch die Zusendung gestellten Antrag in dem Umfange, wie er gestellt worden ist, annehmen. Welches der Umfang des Antrages ist, ergibt sich aus den Begleitpapieren oder aus dem Antrage selbst. Macht z. B. eine Solinger Stahlwarenfabrik einem Eisenwarenengrosgeschäft als Kaufantrag eine Zusendung von „1 Gross Taschenmessern per 100 Mk.“, so liegt in der Zusendung, wie aus der Preisbestimmung hervorgeht, ein als einheitliches Ganzes gemachter Kaufantrag, der als solcher nur in vollem Umfange angenommen oder abgelehnt werden kann. Die Mitteilung des Empfängers der Ware, dass er 1 Dutzend behalten wolle, hat die rechtliche Bedeutung einer Ablehnung des Antrages verbunden mit einem dem Solinger Fabrikanten gestellten Kaufantrage über 1 Dutzend Messer als Kaufobjekt. Dieselbe Bedeutung haben regelmässig Annahmeerklärungen des Empfängers, die unter Erweiterungen oder sonstigen Änderungen gestellt sind;[1] aber nicht immer, denn § 150 Abs. 2 B.G.B. gibt in Wirklichkeit nur eine Auslegungsregel. Es kann auch Annahme, soweit die Offerte reicht, und bezüglich der Modifikationen allein ein neuer Antrag oder völlige Ablehnung ohne neue Offerte vorliegen.[2] Auch hier kommt alles auf die Umstände des einzelnen Falles an.

Hat die ohne Preisbestimmung übersendete Ware einen Liebhaber- oder Kennerwert, so liegt, wie oben[3] ausgeführt, kein verbindlicher Antrag vor. Teilt der Empfänger in

[1] B. G. B. § 150 Abs. 2.

[2] Matthiass, a. a. O. I S. 175.

[3] § 5 dieser Arbeit.

diesem Falle dem Absender mit, er wolle die Ware behalten, so muss er die Annahmeerklärung des Absenders abwarten, bevor er als Eigentümer über die Ware verfügen darf. Teilt der Absender dem Empfänger mit, dass er den Antrag annehme, vielleicht, wie es nicht selten geschieht, mit den Worten „wir werden über den Preis schon einig werden", so ist in diesem Falle unzweifelhaft ein Kaufvertrag zustande gekommen und als Kaufpreis derjenige Satz stipuliert, den redliche Männer für eine Ware dieser Art zahlen.[1] Sollten die Kontrahenten über den Preis nicht „einig" werden, so muss der Richter unter Zuziehung von Gutachten von Sachverständigen den Preis nach billigem Ermessen festsetzen. Wird die Verhandlung des Rechtsstreites vor einer Kammer für Handelssachen geführt, — eine solche ist nach § 101 Nr. 1 G.V.G. für unsere Fälle zuständig — so kann diese nach § 118 G.V.G. auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft die Entscheidung treffen.

Die Annahmeerklärung geschieht im Falle des Todes des Antragenden dem zur Erbschaft Berufenen gegenüber; die Annahme bleibt auch wirksam, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt.[2]

## § 7. Bedeutung des Stillschweigens im allgemeinen mit besonderer Berücksichtigung unseres Hauptfalles.

So einfach sich die Sachlage gestaltet, wenn der Adressat dem Absender eine Erklärung zukommen lässt, umso schwieriger gestaltet sie sich, wenn er sich über die Ware nicht äussert. Welche Bedeutung hat dieses blosse Stillschweigen? Ist in demselben eine zustimmende oder ablehnende Erklärung zu erblicken oder ist es rechtlich ohne Bedeutung und gewinnt es erst solche, wenn sonstige Handlungen zu dem Schweigen hinzutreten, die

[1] Staub, H.G.B. I S. 761.
[2] B.G.B. § 1959. s.

einen Schluss auf den Willen zulassen? Mit dem Aufwerfen dieser Frage kommen wir zu dem Teil unserer Abhandlung, der den Anlass zu den mannigfachsten Meinungsverschiedenheiten gibt, da hier die vielumstrittene „Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung" eingreift.

In der gemeinrechtlichen Litteratur hat man die Frage, ob Stillschweigen als Zustimmung oder Ablehnung zu betrachten ist, vielfach für alle Fälle zu lösen gesucht, indem man den so oft an unrechtem Platze citierten Satz „qui tacet consentit" als allgemein anerkannten und überall anwendbaren Rechtssatz aufgestellt hat.[1] Man berief sich bei Verteidigung dieser Meinung, 1) auf den Ausspruch des Kanonischen Rechts „qui tacet consentire videtur",[2] 2) auf bestimmte Gesetzesstellen der römischen Rechtsquellen, in denen Stillschweigen Zustimmung, Einwilligung oder Genehmigung, bedeutet, 3) auf die psychologische Beobachtung, dass derjenige, welcher stillschweigend eine Handlung geschehen lässt, von der er weiss, dass sie zu seinem Vorteile oder Nachteile gereicht, durch sein Stillschweigen seine Zustimmung gibt, da es in der Natur des Menschen liege, sich einen Vorteil gefallen zu lassen, einem Nachteile aber zu widersprechen. Diesen letzten Satz erkennen die Gegner dieser Theorie[3] als richtig an, führen aber mit Recht aus, dass damit für die Fälle, in denen es meistens oder fast ausschliesslich zu Rechtsstreitigkeiten kommt, nichts gewonnen ist, denn derselbe besagt nur, dass Stillschweigen als Zustimmung zu deuten ist, wenn es sich um des Schweigenden unzweideutigen Vorteil handelt, als Ablehnung, wenn die Handlung nicht unzweideutig erkennen lässt, ob sie zum Vorteil

---

[1] Raphael de Turris: de camb. disp. 1 qu. 19 Nr. 10—12. Lauterbach: de jure in curia mercat. usitato. thes. 171.

[2] Cap. 43 in VI^to de R. S. 5. 12.

[3] Heyne, a. a. O. S. 79.
Klemm, a. a. O. S. 32.

oder Nachteil des Schweigenden ausschlägt. Was die Fälle anbetrifft, in welchen die römischen Rechtsquellen Stillschweigen als Zustimmung deuten, so erklärt Savigny[1] diese für einzeln dastehende Ausnahmebestimmungen, die ganz singulärer Natur seien: Theorie und Praxis seien nicht befugt, dieselben durch Aufnahme anderer ähnlicher Fälle zu vermehren, geschweige ein Prinzip oder eine Norm daraus zu bilden. Aber auch der Ausspruch des Kanonischen Rechts „qui tacet consentire videtur" habe keinen Anspruch auf allgemeine Geltung und Anwendbarkeit, denn demselben stehe die Digestenstelle gegenüber „qui tacet non utique fatetur sed tamen verum est eum non negare",[2] die durch den im „liber sextus decretalium" enthaltenen Ausspruch nicht beseitigt ist, denn sie findet sich als cap. 44 in VI^to^ de R. S. 50. 12 hinter jenem Ausspruch wieder. Die in diesen beiden Sätzen liegende Antinomie erklärt Savigny dahin, dass die Vorschrift des cap. 43 sich auf die bestehenden Ausnahmen bezieht, die des cap. 44 aber die allgemeine Regel ausdrückt.

Andere wollen in den gesetzlichen Beispielen und Aussprüchen einen Ausfluss von Grundsätzen sehen, die eine allgemeine Anwendbarkeit haben. So erkennt Glück[3] die Richtigkeit des Ausspruchs des Kanonischen Rechts „qui tacet consentire videtur" mit der Einschränkung an „qui tacet cum loqui debuit ac potuit consentire videtur". Aber auch mit diesem Satze ist für die Fälle, die das Gezetz nicht regelt, nichts gewonnen, da sich einerseits immer noch fragt, in welchen Fällen der Schweigende „loqui debuit", anderseits das Schweigen des Redepflichtigen unter Umständen gerade als Ablehnung angesehen werden muss.[4]

---

[1] Savigny, System § 132 S. 248.

[2] L. 142. D. de R. J. 50. 17.

[3] Glück, Erläuterungen der Pandekten. Erlangen, 1796. Band IV. S. 90. § 290.

[4] Hallwachs im Arch. für prakt. Rechtswissensch. N. F. Band X. S. 226.

Dieser Versuch, die Bedeutung des Stillschweigens für alle Fälle festzulegen, ist nicht zu billigen, und da er niemals zu einem unbestrittenen Resultat führen kann, ist er in der neueren gemeinrechtlichen Litteratur auch nicht mehr gemacht worden. Man hat jedoch versucht, die Frage nach der Bedeutung des Stillschweigens auf einen Antrag hin für alle in Betracht kommenden Fälle zu lösen und ist zu dem Resultat gelangt, dass „blosses Stillschweigen" auf einen Antrag an sich keine Zustimmung ist, dass es aber dann als Zustimmung gilt, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren.[1]

Derselbe Streit über die Bedeutung des Stillschweigens herrscht im Handelsrecht. Wie im gemeinen Civilrecht, so wollen auch hier manche[2] die Bestimmungen des H. G. B. I., in denen ungesäumte Erklärung unter dem sonstigen Praejudiz der Zustimmung, vorgeschrieben ist, analog auf andere Fälle angewendet wissen. So seien besonders die Artt. 323 S. 1 und 347 S. 2—4 wohl geeignet, auf den Kaufantrag analog angewendet zu werden, besonders wenn zugleich mit dem Antrage die Ware übersendet worden ist. Die Bestimmungen sind, so behaupten sie, aus dem Grundsatze entsprungen, dass im Handelsverkehre Stillschweigen auf einen Antrag als Zustimmung gilt, und sind daher nicht singuläre Bestimmungen, die einer analogen Anwendung unfähig sind. Demgegenüber hat sich die Mehrzahl der Juristen[3] sowie das Reichs-

---

[1] Dernburg, Pandekten. 1896. Bd. I. S. 231.

[2] Brinkmann, Handelsrecht. S. 67.
Wolff in Buchs Arch. Bd. XV. S. 313.
Winzer in Ztschr. für Rechtspflege und Verwaltung. Bd. VII. S. 405 ff.

[3] Thöl, a. a. O. I. § 237. S. 735.
Regelsberger in Endemanns Hdb. S. 447 fg.
v. Hahn, a. a. O. II. Anm. zu Art. 323.
Staub, H.G.B. I. Band I. S. 819.

oberhandelsgericht[1] häufig gegen analoge Anwendung der erwähnten Bestimmungen des H.G.B. I. ausgesprochen, da sie teils „gesetzliche Fixierungen unzweifelhaften Handelsgebrauchs“ seien, teils dem „Gebiete der blossen Zweckmässigkeitsfeststellungen“ angehören. Sie seien keineswegs blosse Konsequenzen des allgemein gewollten und nur in bestimmten Richtungen ausgesprochenen Prinzips, dass überhaupt im Handelsverkehr das Stillschweigen auf Anfrage, Anzeige, Antrag schlechthin als Zustimmung, Einwilligung oder Genehmigung, zu gelten habe und seien daher einer analogen Anwendung unfähig.

Das H.G.B. II. hat die ausdrücklichen Bestimmungen, in denen Stillschweigen die rechtliche Bedeutung der Genehmigung hat, um eine Norm vermehrt, indem es in § 378 das Schweigen des Empfängers, falls ihm statt der bedungenen Ware eine andere oder eine andere Menge von Waren übersendet worden ist, gemäss § 377 H.G.B. II. als Genehmigung deutet. Aus dem Gesetz sowohl wie aus der Denkschrift[2] zur Novelle des H.G.B. geht unzweifelhaft hervor, dass die neue Bestimmung aus Zweckmässigkeitsgründen gegeben, also eine singuläre für diesen konkreten Fall geschaffene Bestimmung und als solche einer extensiven Interpretation oder analogen Anwendung unfähig ist. Hiermit hat der Gesetzgeber sich wieder unverkennbar gegen die ausdehnende Auslegung oder analoge Anwendung der Bestimmungen des H.G.B., in denen das Gesetz an das Stillschweigen das Praejudiz der Genehmigung knüpft, ausgesprochen. Dem oben citierten Satz des § 378 H.G.B. II. ist noch eine Klausel angefügt: Der Empfänger ist nicht verpflichtet, dem Absender die Ware gemäss § 377 zur Disposition zu stellen unter dem sonstigen Praejudiz der Genehmigung, wenn die über-

[1] E. des R.O.H.G. Bd. I. Nr. 22, II. Nr. 19. IV. 43. V. 7. 37. VII. 90. XII. 1, ebenso E. des O.A.G. zu Lübeck in Seufferts Arch. I. 40.

[2] Denkschr. Reichstagsvorlage S. 242 f.

sandte Ware von der bedungenen oder von der bedungenen Menge von Waren so erheblich abweicht, dass der Absender die Genehmigung des Empfängers als ausgeschlossen erachten muss. Damit hat das Gesetz einerseits die Meinung derjenigen verworfen, die sich für analoge Anwendung der positiven Gesetzesbestimmungen ausgesprochen haben, anderseits hat es aber nicht gesagt, dass nun das Schweigen im obigen Falle der erwähnten erheblichen Abweichung niemals die Bedeutung der Zustimmung haben kann: es hat vielmehr nur ausdrücklich festgesetzt, dass die Unterlassung der Dispositionsstellung und das blosse Schweigen im erwähnten Falle gemäss § 377 nicht als Zustimmung gilt. Es ist m. E. unrichtig, hieraus schliessen zu wollen, dass bei einer erheblichen Abweichung (im Sinne des § 378 Satz 2) der übersandten von der bedungenen Ware oder bedungenen Menge von Waren das Schweigen niemals als Zustimmung gedeutet werden kann. Die Denkschrift[1] sagt, dass bei der erheblichen Abweichung die Grundsätze über unbestellte Ware zur Anwendung kommen sollen. Und nach diesen Grundsätzen kann auch bei einer erheblichen Abweichung im Sinne des § 378 Satz 2 das Schweigen die rechtliche Bedeutung der Genehmigung haben und zwar dann, wenn die kaufmännische Verkehrssitte das Schweigen im konkreten Falle dazu stempelt. Dieses folgt aus der Bestimmung des § 151 B.G.B. mit Berücksichtigung der Bestimmung des § 346 H.G.B. II.

Zum Zustandekommen des Vertrages ist, wenn der oben erwähnte verbindliche Antrag vorliegt, 1) die Annahme und 2) die Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden nötig. Die letztere ist jedoch nicht immer zum Zustandekommen des Vertrages erforderlich. Der Vertrag kommt vielmehr auch ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden zustande, wenn

---

[1] D. S. 243.

dieser auf eine solche verzichtet hat oder dieselbe nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.[1] Die Verkehrssitte[2] soll darüber entscheiden, ob die Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden nicht erwartet wird. Ist nach ihr eine solche Erklärung nicht erforderlich, so genügt, damit der Vertrag zustande kommt, die blosse Annahme. Diese wird in den hier in Frage kommenden Fällen regelmässig „stillschweigend", d. h. nicht durch eine ausdrückliche Willenserklärung, sondern durch eine Willensbetätigung erfolgen.[3] In welchen Handlungen eine genügende Betätigung des Annahmewillens zu finden ist, kann nicht generell beantwortet werden, ist vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles zu entscheiden. Eine Annahme ist hauptsächlich in den sogenannten schlüssigen Handlungen, facta concludentia, zu erblicken, das sind Handlungen, die zunächst andere Zwecke verfolgen, aber auf jenes Geschäft als gewollt zurückweisen. Der Schluss kann hier logisch zwingend oder aber auch nur empirisch begründet, d. h. der Lebenserfahrung entsprechend sein. Aber auch das passive Verhalten des Empfängers, das blosse Stillschweigen gilt in denjenigen Fällen als Annahme, in denen die Verkehrssitte und im Handelsverkehr unzweifelhaft feststehende Handelsgebräuche unter Zugrundelegung der Pflicht zu Treu und Glauben an die Nichterklärung das Praejudiz der Genehmigung knüpfen. K. Lehmann[4] führt über diesen Punkt folgendes aus: „Nach der Verkehrssitte hat die Unterlassung der Erklärung als Annahme zu gelten, wenn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben der Offerent sie als solche auffassen darf. Die bei Verträgen unter Kaufleuten nach § 346 an Stelle der Verkehrssitte

[1] B.G.B. § 151.

[2] Über „Verkehrssitte" und „Handelsbrauch" Näheres im § 8 dieser Arbeit.

[3] Planck, a. a. O. I. Anm. zu § 151, S. 200.

[4] K. Lehmann in Lehmann-Ring II. § 361 Nr. 1.

tretenden Handelsgebräuche statuieren eine generelle Pflicht zur alsbaldigen Erklärung auf eine Offerte mit dem Praejudiz der Annahme nicht, vielmehr dient ihre Berücksichtigung lediglich zur psychologischen Grenzfeststellung der hier naturgemäss verstärkten bona fides im Sinne des B.G.B. § 157". M.E. mit Recht betont auch Endemann,[1] dass es unvorteilhaft ist, zu unterstellen,[2] dass durch Unterlassung der Mitteilung eine Pflicht der Antwort verletzt wird, denn die Rechtsfolge einer Pflichtverletzung ist grundsätzlich Schadensersatzleistung, während hier die Folge des Nichtantwortens Zustimmung bedeutet. Der Schwerpunkt liegt also darin, ob die Verkehrssitte, im Handelsverkehr die Handelsübung, mit Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben das Schweigen im konkreten Falle zu einer Annahme stempelt; ist dieses nicht der Fall, so ist das blosse Stillschweigen nicht als Zustimmung auszulegen. Es braucht aber deshalb nicht rechtlich bedeutungslos zu sein. Hat der Antragsempfänger sich einer Pflichtverletzung durch sein passives Verhalten schuldig gemacht, so ist er dem Antragsteller zum Schadenersatz verpflichtet. Dasselbe hat Cosack mit dem Beispiel von dem Juwelier B ausführen wollen.[3]

---

[1] Lehrbuch des Bürg. Rechts I. S. 267.

[2] Wie es Dernburg (Pand. I. S. 231) u. Regelsberger (in Endemann, Hdb. II. S. 446—452) tun; wie Regelsberger auch Fränkel, a. a. O. S. 39 f.

[3] Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. S. 182. Cosack gibt hier folgendes Beispiel: „A schickt dem Juwelier B einen Brillantschmuck zum Ankauf für 15000 Mk. B antwortet nicht, sondern nimmt „still" an, indem er den Schmuck sofort für 18000 Mk. weiter verkauft; inzwischen werden dem A von einem Dritten 20000 Mk. für den Schmuck geboten. Hier ist die stille Annahme ungenügend; denn weder die Verkehrssitte erlässt in diesem Falle die Antwort, noch hat A darauf verzichtet; der Vertrag ist also nicht zustande gekommen. Demgemäss braucht A sich nicht damit zu begnügen, dass ihm B die ursprünglich geforderten

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis: Es sind die Fälle der Zusendung unbestellter Ware darauf hin zu prüfen, ob sogenannte schlüssige Handlungen vorliegen, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, nach der Verkehrssitte bezw. der kaufmännischen Usance als Annahmebetätigung angesehen werden. Wenn derartige Handlungen nicht vorliegen, so ist festzustellen, ob in dem blossen Stillschweigen des Empfängers ein zustimmender Wille enthalten ist, und die Frage zu bejahen, wenn die besonderen Umstände, d. h. die Lage der Dinge, wie sie nach Treu und Glauben betrachtet werden muss, nach der Verkehrs- oder Handelssitte dem Schweigen die rechtliche Bedeutung der Zustimmung beilegen. Sieht die Verkehrssitte das Schweigen nicht als Zustimmung an, so müssen wir zu erforschen suchen, ob der Empfänger durch die Unterlassung eine Pflicht der Antwort verletzt hat, und ihm im bejahenden Falle die Verpflichtung auferlegen, dem Antragsteller den durch die Verabsäumung entstandenen Schaden zu ersetzen.

## § 8. Annahme des Antrages durch sogenannte „schlüssige Handlungen".

Da hiernach im Folgenden die Grundsätze von Treu und Glauben und die Verkehrssitte bezw. die kaufmännische Usance von entscheidendem Einfluss sind, müssen wir vorerst auf dieselben näher eingehen.

---

15 000 Mk. zahlt, sondern kann die Rückgabe des Schmucks oder Schadensersatz (20 000 Mk.) fordern." Das Beispiel ist nicht einwandsfrei. A hat dem B den Kaufantrag ohne Vorbehalt gestellt, ist also an seinen Antrag gebunden. Wie in § 5 dieser Arbeit ausgeführt ist, wird A nicht durch plötzlichen Widerruf frei, sondern muss den B auffordern, den Antrag nunmehr unverzüglich anzunehmen. (Hölder, a. a. O. § 151 S. 332). Tut er dieses, so wird der Juwelier dem A mitteilen, dass er den Antrag angenommen habe. Unterlässt B allerdings jetzt die Mitteilung, so werden die von Cosack angeführten Rechtsfolgen eintreten.

Nach dem neuen Recht dürften wohl alle Rechtsverhältnisse, das sind rechtlich wirksame Beziehungen zwischen Personen und Personen oder zwischen Personen und Sachen, den Grundsätzen von Treu und Glauben unterstehen. Treu und Glauben verweisen auf die sittlichen Grundlagen des Verkehrs, auf die redliche Gesinnung, die von jedem Verkehrsgenossen zu verlangen ist. Hierunter ist nicht eine subjektive Redlichkeit zu verstehen, d. h. die Auslegung ist nicht davon abhängig, dass eine Person auch wirklich von redlichen Absichten und Anschauungen geleitet war; „Treu und Glauben" ist vielmehr ein objektiver Massstab, d. h. das Verhalten des Einzelnen muss der Billigkeit, der im Verkehre herrschenden Redlichkeit entsprechen. Um mit der Behauptung durchzudringen, dass das Verhalten des Gegners gegen Treu und Glauben verstösst, ist nicht der Nachweis des arglistigen Sinnes oder der betrügerischen Absicht nötig, sondern es genügt, dass das Verhalten als Verstoss gegen die Handlungsweise eines anständigen und redlich denkenden Mannes sich darstellt.[1] § 157 B. G. B. spricht nur von Verträgen, doch geht die unbestrittene Meinung dahin, dass er auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden ist.[2] Man kann wohl noch weiter gehen und sagen, dass Treu und Glauben alle Rechtsverhältnisse beherrschen. Es wird also in den von uns zu behandelnden Fällen sowohl die Frage, welche Rechtsfolgen an das Verhalten des Empfängers geknüpft sind, als auch, wenn ein Vertrag zwischen den Parteien

---

[1] Endemann, B. R. 8. Aufl. 1902. § 100.
K. Lehmann in Lehmann-Ring, § 346. Note 3 ff.
Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 346. Note 2 ff.
Dernburg, B. R. II. 1. § 10.
Weitgehend Stammler, a. a. O. S. 36, der dem Richter anweist, im einzelnen Falle „im Sinne des sozialen Ideals" zu entscheiden.

[2] Dernburg, B. R. I. S. 340.

zustande kommt, die Prüfung, welches im konkreten Falle der Umfang der gegenseitigen Verpflichtungen ist, bei Zweifeln nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu entscheiden sein. Mit Recht macht Dernburg[1] darauf aufmerksam, dass Treu und Glauben bei den entgeltlichen Veräusserungsverträgen eine andere Tragweite hat wie etwa bei Dienst-, Verwahrungs- und ähnlichen Verträgen, denn bei diesen besteht ein besonderes Treueverhältnis, welches „Hingebung für fremde Interessen fordert". Anders beim Kauf. Hier kreuzen sich die Interessen und bei dieser Interessenkreuzung wird und darf ein jeder möglichst viele Vorteile für sich zu gewinnen versuchen. Solange er nicht mit Waffen kämpft, die „im Verkehr als unanständig" angesehen werden, liegt kein Verstoss gegen Treu und Glauben vor.

Unter Verkehrssitte ist die durch fortgesetzte Übung im Handel und Wandel, im Verkehre der Menschen unter einander zu Tage tretende Auffassung einer gegebenen Sachlage zu verstehen.[2] Sie ist nicht Gewohnheitsrecht, sondern nur Übung faktischer Natur ohne opinio necessitatis.[3] Ihre Funktion ist eine mehrfache: Die Verkehrssitte dient bei Verträgen nach § 157 B. G. B. als Hilfsmittel der Auslegung der Willenserklärungen, nach § 242 B. G. B. als Ergänzung der Willenserklärung. Wo die Verkehrssitte als Interpretation der Willenserklärungen dient, geht der nachgewiesen abweichende Wille ihr vor. Dieses folgt aus § 133 B. G. B., welcher bestimmt, dass bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen ist.[4] Dient die Verkehrssitte als Ergänzung der Willenserklärung, so entscheidet sie überall da, wo im Vertrage eine Lücke ist und auch das Gesetz versagt. Das B. G. B.

---

[1] Dernburg, B. R. II.2. S. 5.
[2] Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 346 Note 2.
[3] K. Lehmann in Lehmann-Ring, § 346 Note 4.
Dernburg, B. R. Band II.1 S. 25.
[4] K. Lehmann in Lehmann-Ring, § 346 Note 3.

beschränkt die Verkehrssitte jedoch nicht auf die Auslegung und Ergänzung der Verträge; es lässt sie auch als Kriterium für das Vorhandensein einer Willenserklärung dienen. In § 151 B. G. B. ist dem Verzichte des Antragenden auf Antwort, also einer Erklärung, die Verkehrssitte gleichgestellt.

Der Verkehrssitte entspricht im Handelsverkehre der Handelsbrauch. Da er ein Teil der allgemeinen Verkehrssitte ist, so gilt für ihn grundsätzlich dasselbe wie für die Verkehrssitte des B. G. B. Der dem Art. 279 des H. G. B. I. im wesentlichen entsprechende § 346 H. G. B. II. bestimmt, dass „unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen" ist. Der Gesetzgeber verlangt eine „Rücksichtnahme" auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche. Der Richter hat also zu beachten, was in den Interessenkreisen, denen die Parteien angehören, üblich und hergebracht ist.[1] Die Usance findet unter Kaufleuten Anwendung, auch wenn dieses dem Willen des einen oder gar beider Kontrahenten widerspricht, und zwar auch dann, wenn sie von dem Bestehen eines derartigen Handelsbrauches nichts gewusst haben. Aber es unterstehen nur diejenigen dem Handelsbrauche, die demselben Interessenkreise angehören, der die Usance gezeitigt hat. Was die räumliche Beziehung anbetrifft, so ist der Handelsbrauch des Ortes zu berücksichtigen, in welchem die Handlung oder Unterlassung stattgefunden hat.

Betrachten wir die Fälle der Zusendung unbestellter Ware auf die ausgeführten Grundsätze hin:

Normaler Weise wird die Annahme eines Antrages im täglichen Leben vollzogen durch eine dem Antragenden gegenüber abgegebene Willenserklärung. Diese wird am

---

[1] K. Lehmann in Lehmann-Ring, § 346 Note 5.

Deutlichsten kundgetan und spezialisiert durch das gesprochene oder geschriebene Wort. Die Erklärung muss jedoch in der Absicht abgegeben sein, sich dem Antragenden gegenüber zu verpflichten; ein blosses Reden ohne erkennbare Verpflichtungsabsicht genügt nicht; ebenso wenig wird der Vertrag perfekt mit dem Niederschreiben der Annahmeerklärung.[1] Ferner liegt in dem blossen Loben einer Ware einem Dritten gegenüber keine Billigungserklärung, die den Empfänger dem Absender gegenüber bindet,[2] denn hier liegt nur eine Enuntiation, keine Disposition vor.[3] Dass jedoch die Annahme in ausdrücklichen Worten geschieht, ist bei den sogenannten formlosen Geschäften, d. h. bei denjenigen Geschäften, für die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, dass sie in einer bestimmten Form erfolgen müssen, nicht erforderlich. Als Annahme wird hier angesehen eine jede Betätigung des Annahmewillens von Seiten des Adressaten durch Ergreifen der typischen durch die Verkehrssitte oder durch Handelsbrauch anerkannten Formen. Unbestritten ist, dass wenn der Empfänger dem Absender den aus der Faktura ersichtlichen oder ihm sonstwie bekannten Kaufpreis einsendet, in dieser Handlung eine unzweideutige Betätigung des Annahmewillens enthalten ist. Das Verhalten des Empfängers lässt schlechterdings keine andere Deutung zu als die der Annahme des Kaufantrages. Der Empfänger muss jedoch den Kaufpreis unverkürzt oder doch nur nach Abzug des in der Faktura festgesetzten oder ihm sonstwie bekannten, etwa in der Branche üblichen, Skontos zustellen. Die Einsendung des Kaufpreises unter unmotivierten Abzügen ist eine Annahme unter einer Einschränkung und gilt daher nach B. G. B. § 150 Abs. 2

[1] R. O. H. G. VII. S. 12. XIII. S. 165.

[2] E. des O. A. G. zu Dresden in Goldschm. Ztschr. Band IX. No. 67.

[3] Windscheid, a. a. O. IV. Aufl. Bd. II. § 304. Anm 1. Seuff. Arch. Bd. XXIV. 144.

als Ablehnung verbunden mit dem Antrage des Empfängers, dass er die Ware zu dem übersandten Preise behalten wolle. Schweigt der Absender der Ware auf diesen Antrag, so gilt nach der Verkehrssitte sowohl wie nach Handelsbrauch dieses Schweigen des Absenders als Zustimmung.

Als weitere Betätigung des Annahmewillens gelten die Handlungen des Empfängers, durch die er eigenmächtig zu seinem Nutzen über die Ware disponiert, wenn er Handlungen an und mit der Ware vornimmt, wie sie von Rechtswegen nur einem Eigentümer zustehen. Hierher werden nach der Verkehrssitte gerechnet: das Verbrauchen, Gebrauchen, Verkaufen,[1] Verpfänden, Ver- oder Bearbeiten, sowie das Verschenken: kurz, jedes eigenmächtige Verfügen zu seinem Nutzen. Wann eine solche Verfügung vorliegt, ist im konkreten Falle unter Beobachtung aller begleitenden Umstände festzustellen. Eine interessante Entscheidung erging vom Appelationsgericht Eisenach[2] in einer Sache, der folgender Tatbestand zu Grunde lag: Ein Postbote überbringt jemandem einen Brief, in dem sich ein unbestelltes Lotterielos befindet. Der Adressat hat nicht die Absicht auf den ihm angebotenen Kaufantrag einzugehen, dagegen erklärt sich der Postbote bereit das Los zu spielen. Der Adressat übergibt dem Postboten das Los mit den Worten: „Da haben Sie das Los; ich mache keine Ansprüche daran.“ Das A. G. entschied, dass hier weder eine Annahme der Offerte noch eine Cession stattgefunden habe.

Das Verfügen zu eigenem Nutzen über einen Teil der Ware gilt nach der Verkehrssitte als Annahme des Antrages in seinem ganzen Umfange, wenn der in der Zusendung enthaltene Antrag sich als ein solcher über

---

[1] Gareis, St. z. Disp. S. 171.
Assmann, a. a. O. S. 61. 67 f.

[2] Buschs Archiv XIII. S. 294.

ein einheitlich Ganzes darstellt.[1] Hierher gehört die Übersendung sogenannter Garnituren, eines Viererzuges (vier zusammengehörende und zusammenpassende Pferde) und dgl. Liegen jedoch in der Übersendung der Ware mehrere Offerten, so ist durch das Sichaneignen nur eines Teiles das Genehmigungspraejudiz im allgemeinen nur für den Teil gegeben, über den der Empfänger verfügt hat. Enthält eine Sendung zwei Lehrbücher, so ist in der Weiterveräusserung des einen noch nicht der Wille enthalten, auch das andere behalten zu wollen, denn hier liegen zwei selbständige Offerten vor, von denen nur die eine durch eine Willensbetätigung rechtsverbindlich angenommen worden ist.[2]

Damit der Vertrag im Sinne des Antragenden zustande kommt, müssen sich die erwähnten Handlungen als rechtsgeschäftliche darstellen, denn nur hierdurch entstehen rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse. Ist die Ware z. B. irrtümlich verzehrt, so entsteht kein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis, also kein Vertrag, sondern ein nicht vertragsmässiges Schuldverhältnis; die Handlung stellt sich als sogenannte Rechtshandlung im engeren Sinne dar. Ebenso entsteht ein nicht rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis, wenn die erwähnten Handlungen sich als unerlaubte, d. h. als schuldhafte, rechtswidrige Handlungen darstellen; hierher gehört z. B. die Verfügung über die unbestellte Ware, wenn ein rechtswirksamer Widerruf vorliegt.[3]

Der Zweck der Zusendung unbestellter Ware ist der, den Inhalt der Sendung der Kenntnis und Prüfung des Empfängers zu unterbreiten. Dem Empfänger steht demnach das Recht zu, die Ware zu untersuchen, sie also soweit in Gebrauch zu nehmen bezw. zu verbrauchen, als

[1] Gareis in Endemann. Hdb. II. S. 573.
[2] Ebenso Assmann. S. 76 f.
[3] Planck I. S. 167.
Endemann B.R. I. S. 411 ff.
Assmann, a. a. O. S. 73 f., S. 120.

die Kenntnisnahme und Prüfung derselben für den Zweck des Ankaufs notwendig machen. Solches „Gebrauchen" oder „Verbrauchen" eines Teiles der Ware zum Zwecke der Prüfung schliesst natürlich nicht die Annahme in sich, vorausgesetzt dass der Empfänger nicht über die gewöhnliche Prüfung hinausgegangen ist. Ob im einzelnen Falle ein solches Überschreiten der blossen Prüfung vorliegt, so dass die Handlung nach Handelsbrauch als Annahme gedeutet wird, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles zu erforschen. So entschied das O.A.G. zu Dresden[1], dass das blosse Öffnen eines Fasses der Sendung zwecks Prüfung keine Annahme der Offerte enthält. Ebenso liegt in dem blossen Lesen eines „zur Ansicht" zugesandten Buches noch nicht die Annahme; dagegen gilt das Aufschneiden eines brochierten Buches nach der Verkehrssitte als Annahme des Kaufantrages.[2]

## § 9. Weitere Beispiele der sogenannten „stillen Annahme".

Man hat nun auch die Behauptung aufgestellt, dass in dem blossen Empfangen und Liegenlassen der Ware eine Annahmebetätigung des Empfängers zu erblicken ist, wenn die Ware mit Willen des Empfängers und mit Wissen, dass es sich um unbestellte Ware handelt, in des Empfängers Besitz[3] gelangt ist. Heppe[4] behauptet, dass hier ein Kauf auf Probe vorliege und erblickt in der Entgegennahme der unbestellten Ware die Annahme eines Kaufvertrages unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung. Würde diese Auffassung richtig sein, so würde allerdings nach B.G.B. § 496 S. 2 das Schweigen des Empfängers als

[1] Buschs Arch. Band III. S. 394 f.
[2] Ihering, Jur. des tägl. Lebens VI. 17.
Assmann, a. a. O. S. 68.
[3] Über Besitzverhältnisse cf. § 13 dieser Arbeit.
[4] Heppe, a. a. O. S. 23.

Billigung gelten. Zur Begründung seiner Behauptung führt Heppe folgendes aus: Die Intention des Absenders ist die, dass der Empfänger die Waren prüfen und von der Prüfung die Entscheidung über die Acceptation der Offerte abhängig machen soll. Der Empfänger hat diese Absicht gekannt und ist darauf eingegangen, indem er die Ware bei sich aufgenommen hat. Hierdurch ist der in der Zusendung enthaltene Kaufantrag im Sinne des Absenders angenommen, d. h. es ist zwischen den Parteien ein bedingter Kauf im Sinne des § 495 B. G. B. zustande gekommen. Heppe unterstellt, dass die Intention des Absenders ist, mit dem Empfänger einen Kaufvertrag zu schliessen; aber ist es nicht ebenso die Absicht des Absenders, der Adressat möge ihn, falls er auf den Kaufvertrag nicht eingehen will, vor Schaden bewahren und bewirkt der Adressat dieses nicht am besten, wenn er die Ware einstweilen bei sich aufnimmt? Ob der Empfänger die Ware in der einen oder anderen Absicht in Empfang genommen hat, ist ein innerer, äusserlich nicht erkennbarer Vorgang des Empfängers.[1] In einer solch' zweideutigen Handlung wird man keine rechtswirksame „schlüssige Handlung" erblicken dürfen. Nach der Verkehrssitte sowohl wie nach Handelsbrauch gilt das blosse Empfangen der unbestellten Ware, auch wenn der Empfänger den Inhalt und den Zweck der Zusendung gekannt hat, keineswegs als Annahme und eine solche ist unter allen Umständen zum Zustandekommen eines Vertrages, auch wenn er unter einer Bedingung geschlossen werden soll, unumgänglich notwendig.[2] Bei

---

[1] Die Eideszuschiebung darüber, dass der Empfänger bei der Empfangnahme der Ware die Absicht gehabt habe, deren Eigentum zu erwerben, ist für unstatthaft erklärt worden. (E. des R. G. 12. S. 84.)

[2] Vergl. § 6 und § 14 dieser Arbeit.
Gegen die Annahme eines Kaufes auf Probe:
Gareis, St. z. Disp. S. 173 f. Assmann, S. 127.
Hauausek, Haftung I. S. 217. Anm. 4.

dem Kauf auf Probe ist die Zusendung vielmehr die Folge des vorher abgeschlossenen bedingten Kaufvertrages.

Luckhaus[1] sagt, dass in dem Stillschweigen eine Annahme zu erblicken ist, wenn der Adressat nach voraufgegangenem Avisbrief die von einer Faktura oder einem Frachtbrief begleitete Ware in Empfang nimmt, insbesondere wenn er die Fracht bezahlt. „Die Empfangnahme und das Bezahlen der Fracht" lasse „keinen anderen Schluss zu als der, die Ware ist abgenommen". Nach Hauausek[2] liegt in diesem Falle eine Acceptation der Offerte vor, sofern die Empfangnahme und das Bezahlen der Fracht nicht im Interesse des Verkäufers oder behufs Prüfung der Ware geschehen ist. Keiner von beiden Meinungen vermögen wir zuzustimmen. M. E. ist nach der Verkehrssitte das Stillschweigen in Zusammenhang mit einer Handlung, welche ebensowohl zu dem Zwecke geschehen sein kann, den Absender vor Schaden zu bewahren oder die Ware einer Prüfung zu unterziehen, nicht als Annahme einer Kaufofferte zu deuten. Es müssen vielmehr unzweideutigere Handlungen zu dem Schweigen hinzutreten, um in dem Verhalten des Empfängers eine Annahme der Kaufofferte zu erblicken.[3]

Im Königreich Sachsen hatte sich ein Gerichtsgebrauch, der sich auf die Annahme eines angeblich existierenden Handelsgebrauchs gleichen Inhalts stützte, herausgebildet, dass in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturierten Ware unter Kaufleuten im Zweifel ein Kaufabschluss gefunden wurde.[4] Dieser Gerichtsgebrauch gilt aber durch das in einer sächsischen Sache

---

[1] a. a. O. S. 24.

[2] Hauausek, Haftung I. S. 219. Anm. 7.

[3] Vergl. § 14 dieser Arbeit.

[4] Urteile des O. A. G. zu Dresden v. 18. Okt. 1859. Annalen des O. A. G. zu Dresden. I. S. 551 f. VII. S. 370. E. des R. O. H. G. II. S. 25.

ergangene Urteil des Reichsoberhandelsgerichts[1] als ausser Übung gesetzt. In dem Urteil führt das R. O. H. G. aus, dass es einen Handelsbrauch, dem zufolge in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig fakturierten Ware unter Kaufleuten für sich allein schon im Zweifel eine Annahme der in der Zusendung liegenden Kaufofferte zu finden sei, nicht anzuerkennen vermöge. Nur in Verbindung mit anderen hinzukommenden Umständen, nicht für sich allein, könne das Schweigen auf die Zusendung unbestellter Ware und das Liegenlassen derselben beim Adressaten als (stillschweigende) Annahme der gemachten Offerte gedeutet werden. Hiernach kann die Frage, ob stillschweigende Annahme des in der Zusendung unbestellter Ware liegenden Anerbietens, dieselben zu kaufen, vorliege, stets nur nach den Verhältnissen des konkreten Falles entschieden werden, wobei das Gesamtverhalten des Empfängers zu berücksichtigen ist. Da die in der citierten Entscheidung des R.O.H.G. enthaltenen Grundsätze jetzt als unbestritten gelten, erledigen sich die Fälle, in denen dem Adressaten unbestellte Ware ohne Faktura oder in denen die Ware ohne Willen des Adressaten in seinen Machtbereich gelangt, wo sie ihm sozusagen in die Hände gespielt ist, was das Zustimmungspraejudiz anbetrifft, von selbst.

Aus der Zahl der in der Litteratur erwähnten Fälle, die zum Teil Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung gewesen sind, mögen einige an dieser Stelle erörtert werden, bei denen Stillschweigen in Zusammenhang mit „den begleitenden Umständen“ rechtliche Wertung erhält. So wird im Handelsverkehre das Stillschweigen des Empfängers gegenüber einem ihm unter Zusendung der Ware gemachten Kaufantrage häufig als Annahmeerklärung gewertet, wenn die beiden Kaufleute mit einander in

[1] E. des R. O. H. G. XVI. S. 131. Vergl. auch III. S. 48. XIII. S. 95 f.

Geschäftsverbindung stehen. Um anzunehmen, dass eine Geschäftsverbindung vorliegt, genügt es nicht, dass der Empfänger von dem Absender einmal etwas gekauft hat, sondern es ist nötig, dass die Kontrahenten wiederholt Handelsgeschäfte mit einander abgeschlossen haben;[1] auch dürfen die Geschäfte zeitlich nicht soweit zurückliegen, dass von einer „Verbindung" nicht mehr die Rede sein kann.[2] Jedoch herrscht Streit, ob das Vorliegen einer derartigen Geschäftsverbindung genügt, um in dem Stillschweigen die Annahme des Kaufantrages zu erblicken. Während Gareis[3] dieses annimmt, verlangt Hauausek, dass der Absender mit dem Adressaten in einer derartigen Geschäftsverbindung steht, dass jener diesem von Zeit zu Zeit Vertragsanträge unter gleichzeitiger Zusendung des Kaufobjektes macht und der Empfänger, je nachdem ihm der Antrag zugesagt hat oder nicht, ihn durch eine Willensbetätigung angenommen oder abgelehnt hat.[4] Dieser Ansicht ist beizutreten, denn das Vorliegen eines Handelsbrauches, auf den Gareis sich beruft, wird wohl kaum nachgewiesen werden können. Anders in dem zweiten Fall. Dadurch, dass hier der Adressat auf den ihm von seinem Geschäftsfreunde gemachten Antrag immer eingegangen ist, hat sich durch das Wiederkehrende und Gebräuchliche eine stillschweigende Vertragsberedung zwischen den Parteien herausgebildet, dahingehend, dass der Empfänger „zu reden" verpflichtet ist, andernfalls sein Schweigen als Annahme gilt.

---

[1] Buschs Archiv XIII. S. 288.
[2] K. Lehmann in Lehmann-Ring Nr. 6 zu § 362.
Burchard, Recht der Spedition S. 83.
[3] Gareis, St. z. Disp. S. 177.
Gareis in Endemanns Hdb. II. S. 573.
[4] Hauausek, Haftung I. S. 221.
Assmann, a. a. O. S. 54.

Gareis[1], Wolff[2] und das O.A.G. zu Dresden[3] nehmen an, dass in den Fällen der irrtümlichen Zusendung, gleichgültig, wodurch der Irrtum entstanden ist, der Empfänger verpflichtet sei, dem Absender eine Mitteilung unter dem sonstigen Praejudiz der Zustimmung zukommen zu lassen. Zur Begründung führt Gareis das Bestehen einer derartigen Usance an, während Wolff und das O.A.G. in der erwähnten Entscheidung, behaupten, dass der Empfänger ex bona fide verpflichtet sei, den Absender auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen, wenn nicht sein Schweigen als Zustimmung gedeutet werden soll. Diesen Ansichten ist nicht zuzustimmen. Wenn Gareis sich auf das Bestehen einer derartigen Usance beruft, so ist es m. E. sehr zweifelhaft, dass ein derartiger Handelsbrauch[4] früher bestanden hat, heute dürfte ein solcher Brauch wohl kaum nachgewiesen werden können. Gegen die Meinung, dass der Empfänger „unter dem sonstigen Praejudiz der Zustimmung" verpflichtet sei, dem Absender Mitteilung zukommen zu lassen, führt Hauausek[5] mit Recht aus, dass der Empfänger, wenn man ihm die Pflicht auferlegen wolle, bei Unterlassung derselben dem Absender doch nur schadensersatzpflichtig sei, denn von einem Vertragsschlusse zu sprechen, entbehrt jedes Grundes, denn dem Empfänger ist gar kein Kaufantrag gestellt. Wenn jedoch Hauausek behauptet, dass eine Pflicht, den Absender auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen, nicht bestehe, so ist dem in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen. Es ist m. E. nicht zu billigen, für alle Fälle der sogenannten irrtümlichen Zusendung einen Grundsatz

[1] Gareis, St. z. Disp. S. 178.

[2] Wolff in Buschs Archiv Bd. XV. S. 310 f.

[3] E. des O.A.G. zu Dresden bei Löhr, Central-Organ N. F. II. S. 209.

[4] Hauausek (Haftung S. 224) versteht das Wort „Usance" bei Gareis im Sinne von „Handelsgewohnheitsrecht".

[5] Hauausek, Haftung I. S. 224.

aufstellen zu wollen;[1] es ist vielmehr nötig, die Fälle einzeln zu behandeln und nach den Umständen des konkreten Falles zu untersuchen, wann eine Mitteilungspflicht für den Empfänger besteht.

Wie in § 2 dieser Arbeit erwähnt, kommen für uns folgende Fälle in Betracht:

Fall I. Die Zusendung ist durch eine Namensverwechselung oder durch einen Schreibfehler des Absenders an den Nichtbesteller gelangt.

Fall II. Die Zusendung ist durch einen Irrtum der Übermittelungsperson oder -anstalt an den Empfänger gelangt.

Fall III. Der Absender hat die Zusendung gemacht auf Grund einer Bestellung, die von einer hierzu nicht bevollmächtigten Person erfolgt ist.

Fall IV. Der Absender hat die Zusendung gemacht, da er eine Anfrage für eine invitatio ad offerendum oder gar für eine Bestellung hielt.

In allen vier Fällen ist festzustellen, ob die Zusendung

a) mit Willen des Empfängers in seinen Machtbereich gelangt ist und mit Kenntnis von dem Irrtum zur Zeit der Ablieferung, oder

b) ohne Willen oder zwar mit Willen aber ohne Kenntnis von dem Irrtum dorthin gelangt ist.

1. Im Falle Ia und IIa hat der Empfänger, obgleich er die Annahme der Ware verweigern konnte, die Ware bei sich aufgenommen, trotzdem er wusste, dass der Absender nicht beabsichtigte, mit ihm einen Kauf abzuschliessen. Hierdurch hat er die Führung eines Geschäfts für den Absender übernommen, denn er war zu der Empfangnahme weder beauftragt noch berechtigt:[2] seine Stellung

[1] Ebenso Assmann (a. a. O. S. 142), der jedoch die Unterschiede, wie die Ware in die Behausung des Empfängers, ob mit oder ohne Willen desselben, gelangt ist, nicht beachtet und daher zum Teil zu wesentlich anderem Resultate gelangt.

[2] B. G. B. § 677.

zu dem Absender ist also die eines Geschäftsführers ohne Auftrag. Der Empfänger ist daher nach § 681 B. G. B. verpflichtet, dem Absender „sobald tunlich", in unserem Falle also unverzüglich, Mitteilung zukommen zu lassen, andernfalls er verpflichtet ist, dem Absender den durch die Unterlassung entstandenen Schaden zu ersetzen.

2. Es liegt, wie der Empfänger weiss, kein Antrag an ihn vor, folglich kommt dadurch, dass der Empfänger dem Absender schreibt, er wolle die Ware behalten, kein Kaufvertrag zustande. Die Erklärung des Empfängers hat die rechtliche Bedeutung einer Offerte; das Schweigen des Absenders hierauf gilt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als Annahme des Antrages bezw. als eine Offerte an den Empfänger, er möge die ihm irrtümlich zugekommene Ware kaufen.[1]

3. Verfügt der Empfänger wie ein Eigentümer über die Ware, so stellt sich dieses als eine schuldhafte, rechtswidrige Entziehung einer im Eigentume des Absenders stehenden Sache dar. Es finden auf den Empfänger daher die Bestimmungen der §§ 823 ff. über unerlaubte Handlungen Anwendung; er ist insbesondere dem Absender zum Ersatze des aus der unerlaubten Handlung entstehenden Schadens verpflichtet. Ob die unerlaubte Handlung eine strafbare ist, ist quaestio facti.

Im Falle Ib und IIb ist von ausschlaggebender Bedeutung, ob der Empfänger den Irrtum des Absenders

A. später bemerkt, oder

B. nicht bemerkt.

Fall IbA und IIbB liegen vor:

Der Empfänger ist nicht verpflichtet, dem Absender Mitteilung zukommen zu lassen und ihn auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen, da grundsätzlich ein jeder für die Folgen seines eigenen Irrtums aufkommen muss.[2]

[1] Hauausek, Haftung I. S. 225.

[2] Hauausek, Haftung I. S. 223 ff.
Assmann, a. a. O. S. 143 für II. b. B.

Eine Anstandspflicht mag hier vorliegen, eine Rechtspflicht nicht. Diese Anstandspflicht wird aber nach den oben des Näheren ausgeführten Grundsätzen von Treu und Glauben zur Rechtspflicht, wenn die Parteien Geschäftsfreunde sind, denn der Empfänger kann durch geringe Mühe von seinem Geschäftsfreunde einen vielleicht nicht unerheblichen Schaden abwenden. Im übrigen gilt das zu Ia und IIa Ausgeführte. Bei Fall IbB und IIbB hat der Empfänger den Irrtum nicht bemerkt, fasst also, da er mit Recht das Regelmässige und Gebräuchliche als das Gewollte unterstellt, die Zusendung als einen an ihn gerichteten Kaufantrag auf. Verfügt er über die Ware wie ein Eigentümer, so stellt sich dieses grundsätzlich nicht als unerlaubte Handlung wie bei Ia dar, abgesehen von den Fällen, in denen er den Irrtum hätte bemerken müssen.[1]

Ein weiterer Unterschied von den vorigen Fällen zeigt sich, wenn die Erklärungen von dem Absender angefochten werden. Der Absender kann im Falle I die Erklärung nach B. G. B. § 119, da er eine derartige Erklärung nicht abgeben wollte, anfechten, falls II vorliegt, nach B. G. B. § 120. Jedoch ist zu beachten, dass der Absender dem Empfänger bei IbB und IIbB unverzüglich, nachdem er Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde erlangt hat, Nachricht zukommen lassen muss, dass er den Antrag nicht an den Empfänger gerichtet wissen will.[2] Die Anfechtung gilt jedoch als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist;[3] sie wirkt jedoch erst mit dem Zugehen bei dem Anfechtungsgegner.[4] Wird die in der Zusendung enthaltene Erklärung von dem Absender angefochten, so hat er dem Empfänger das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, d. h. den

[1] B. G. B. § 823: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig . . . "
[2] B. G. B. § 121₁ Satz 1.
[3] B. G. B. § 121₁ Satz 2.
[4] B. G. B. § 143.

Schaden, den der Empfänger dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung baut. Dieses negative Vertragsinteresse findet jedoch seine Grenze an dem positiven oder Erfüllungsinteresse, d. h. an dem Interesse, welches der Empfänger an der Gültigkeit der Erklärung hat.[1] Dasselbe gilt für I b A und II b A bis zu dem Augenblicke, in welchem der Empfänger den Irrtum bemerkt. Nach diesem Zeitpunkt sowie in den übrigen Fällen hat der Empfänger den Grund der Anfechtbarkeit gekannt, die Schadensersatzpflicht cessiert also hier nach § 122 Abs. 2 B.G.B. Unterlässt der Absender, nachdem er von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, bei I b B und II b B die unverzügliche Mitteilung, so wird man das Stillschweigen ohne Bedenken als eine Bestätigung des Rechtsgeschäfts,[2] d. h. in unserem Falle als eine Bestätigung der anfechtbaren Antragserklärung, bezw. wenn der Empfänger den Kaufantrag durch eine Willensbetätigung angenommen hat, als Bestätigung des anfechtbaren Kaufvertrages ansehen dürfen. Aber auch in den übrigen Fällen wird man unter Umständen in dem Stillschweigen in Hinblick auf das längere Lagernlassen der Ware bei dem Empfänger eine Erklärung des Absenders erblicken dürfen, dahingehend, dass der Kaufantrag jetzt an den Empfänger gerichtet sein soll. Dieses wird besonders in dem Fall gelten, in dem aus dem Antrage hervorgeht, dass es dem Absender nur darum zu tun ist, seine Ware zu verkaufen, gleichviel an welche Person; ferner, wenn der Absender die Ware als Erfüllung eines Kaufvertrages einem Anderen senden wollte, nach Kenntnis von dem Irrtum den Kaufvertrag durch eine andere Sendung erfüllt hat.

Bei Fall III muss man unterscheiden, ob

a) der Absender den Mangel der Vollmacht kennt,

b) der Absender den Mangel der Vollmacht nicht kennt.

---

[1] B. G. B. § 122₁.

[2] B.G.B. § 144.

Liegt III a vor, so gelten die Regeln des Hauptfalles; es liegt der Fall der Zusendung unbestellter Ware vor.[1]

Bei III b müssen wir wieder die Fälle scheiden in solche, in denen die Ware

A) mit Willen und mit Kenntnis des Empfängers von dem Irrtum des Absenders,

B) ohne Willen des Empfängers oder zwar mit Willen aber ohne Kenntnis des Empfängers von dem Irrtum des Absenders in die Behausung des Empfängers gelangt ist.

In ersterem Falle geht der Empfänger dadurch, dass er die Ware bei sich aufnimmt, auf die Absicht des Absenders ein. Er muss, wenn sein Schweigen nicht als Genehmigung der von dem Nicht-Bevollmächtigten gemachten Bestellung gedeutet werden soll, dem Absender mitteilen, dass er die von dem Nicht-Bevollmächtigten gemachte Bestellung nicht genehmige.

Bei Vorliegen von III b B nimmt Hauausek[2] m. E. mit Recht an, dass der Empfänger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet ist, sobald er den Irrtum bemerkt, den Absender darauf aufmerksam zu machen, wenn der nichtbevollmächtigte Besteller im Geschäfte des Empfängers tätig ist. Die Verabsäumung dieser Pflicht macht den Empfänger dem Absender gegenüber schadensersatzpflichtig.

Fall IV. bietet nach dem Ausgeführten keine Schwierigkeiten. Der Absender kann nach § 119 anfechten, da hier ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vorliegt.

In der Litteratur und Judikatur ist noch eine grosse Anzahl Fälle behandelt worden, in denen das Stillschweigen des Empfängers als Annahme gedeutet worden ist. Alle aufzuführen liegt nicht in dem Rahmen dieser Abhandlung, denn unser Ziel ist darauf gerichtet, Grund-

---

[1] Hauausek I. S. 227 ebenso.

[2] Hauausek, Haftung I. S. 227.

sätze bezw. leitende Gesichtspunkte für die Entscheidung der Hauptfragen zu gewinnen. In dieser Hinsicht bietet die Mehrzahl der noch nicht behandelten Fälle kein besonderes Interesse, da bei einem grossen Teil von ihnen aus zweideutigen Vertragsverhandlungen die Bedeutung des Stillschweigens festzustellen versucht ist. Von den übrigen mögen einige hier erwähnt werden:

Einer Entscheidung des R.O.H.G.[1] liegt folgender Tatbestand zu Grunde: A sendet B auf eine Bestellung hin die bestellte Ware als Erfüllung und fügt gleichzeitig als Kaufantrag unbestellte Ware bei.[2] B sendet einen Teil der unbestellten Ware zurück, erwähnt den anderen Teil nicht. Das R. O. H. G. entschied, dass hier das Stillschweigen in Zusammenhang mit dem Zurückschicken des einen Teiles dahin gedeutet werden müsse, dass der Empfänger den anderen Teil habe behalten wollen. Wird also ein Teil der unbestellten Ware abgelehnt, so darf nach der erwähnten Entscheidung aus dieser ausdrücklichen Ablehnungserklärung eines Teiles die Annahme des übrigen Teiles geschlossen werden. Diesen Satz als Grundsatz aufzustellen, ist nicht ratsam, denn auch hier sind die Umstände des einzelnen Falles ausschlaggebend, besonders die Art und Dauer der Prüfung des Kaufantrages. Als Schulbeispiel gilt die Zurücksendung eines Teiles der von einem Buchhändler unbestellt „zur Ansicht" zugesandten Bücher. Die unbestrittene Meinung geht dahin, dass in diesem Falle keine Annahme inbetreff der nicht zurückgeschickten Bücher vorliegt.[3] Unbestritten ist ferner,[3] dass, wenn der Empfänger dem Absender

---

[1] E. des R.O.H.G. XVI. Nr. 15 S. 40 ff.

[2] Dieser Fall ist streng von dem der sogenannten Mehrsendung des § 378 H. G. B. II. zu scheiden, denn bei letzterem hat der Absender eine grössere Quantität als die bedungene als Erfüllung geschickt. (Vergl. K. Lehmann in Lehmann-Ring II. § 378 Nr. 14.)

[3] Gareis, St. z. Disp. S. 175; in Endemanns Hdb. II. S. 573. Hauausek, Haftung I. S. 219. Assmann, a. a. O. S. 54.

eine Erklärung zukommen lässt, er wolle einen Teil der unbestellten Ware behalten, sein Schweigen bezüglich der übrigen Ware als Ablehnung des Antrages gilt. Teilt der Empfänger dem Absender später mit, dass er auch den übrigen Teil behalten wolle, so gilt diese Erklärung als ein dem Absender gestellter Antrag, den dieser aber unter dem sonstigen Praejudiz der Annahme ablehnen muss. Jedoch ist auch hier zu untersuchen, ob nicht darin, dass der Absender, nachdem ihm die Annahmeerklärung über den einen Teil zugegangen ist, den nicht gekauften Teil bei dem Empfänger längere Zeit lagern lässt, eine Wiederholung des Antrages bezüglich dieses Teiles zu erblicken ist. Man sieht auch hier wieder, dass die Gesamtumstände des einzelnen Falles meistens ausschlaggebend sind und es daher nicht zu billigen ist, grundsätzliche Entscheidungen zu treffen.

Klemm[1] stellt den Satz auf, dass „der Empfänger durch die stillschweigende Annahme der Sendung in das offerierte Kaufgeschäft willige", wenn die Offerte zweifellos auf den Vorteil des Empfängers gerichtet und dieses dem letzteren bei der Annahme auch „bekannt" gewesen sei. Es greife hier die „Vermutung" Platz, dass die Zusendung „im Auftrage des Empfängers" erfolgt sei. Gareis[2] will dem Empfänger eine Pflicht zur Mitteilung unter dem sonstigen Praejudiz der Zustimmung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dann auferlegen, wenn „Verhältnisse" vorliegen, welche in dem Absender die Überzeugung hervorrufen, Empfänger sei gezwungen anzunehmen, oder es müsse ihm mindestens höchst erwünscht sein, die Zusendung zu erhalten. Als Beispiel führt Gareis an, dass einem Tuchlieferanten, der grosse Tuchlieferungen abgeschlossen hat, vor dem Lieferungstermine das Warenlager abbrennt. Klemms Ansicht muss man mit

---

[1] Klemm, a. a. O. S. 53 f.

[2] Gareis, St. z. Disp. S. 178. in Endem. Hdb. II. S. 572.

Hauausek[1] als unhaltbar erklären, denn durch eine vorherige Anfrage konnte der Antragende sich leicht Gewissheit verschaffen, ob der Andere mit ihm in Verbindung treten wollte. Aber auch Gareis ist nicht zuzustimmen.[2] Dem Empfänger wird in einem solchen Falle eine grosse Anzahl von Zusendungen zugehen, die abzulehnen dem durch den Brand seines Warenlagers und vielleicht auch seiner Kontorräume viel beschäftigten Empfänger unmöglich ist. Gareis sucht hier, wozu man in allen Fällen der Zusendung unbestellter Ware leicht geneigt ist, zu sehr die Interessen des Absenders zu schützen. Es ist auch in diesem Falle zu beachten, das die Zusendung unbestellter Ware, abgesehen von den Irrtums- und den Fällen, in denen der Absender zu Ansichtssendungen aufgefordert ist, eine gewisse Aufdringlichkeit von Seiten des Absenders ist. Die Übersendung beruht auch in dem von Gareis konstruierten Fall auf keinem gleichartigen Interesse, vielmehr tritt auch hier das Interesse des Absenders dem völlig verschiedenartigen Interesse des Adressaten entgegen. Die Übersendung bezweckt das Interesse des Absenders, der sich hierdurch einen Vermögensvorteil zu verschaffen sucht; der Nutzen des Adressaten ist kein anderer, als dass ihm das Kaufen etwas erleichtert wird. Hätte der Absender das Interesse des Empfängers im Auge gehabt, so hätte er vorher telegraphisch oder telephonisch angefragt, ob dem Empfänger die Sendung genehm sei. Wenn man von diesem Gesichtspunkte aus die Zusendung betrachtet, wird man mit Assmann zu dem Schluss kommen, dass die Gareis'sche Meinung „eine unbillige Härte“ für den Empfänger ist.

---

[1] Hauausek, Haftung I. S. 222. Anm. 9, ebenso Assmann, a. a. O. S. 145.

[2] Ebenso Hauausek, Haftung I. S. 222. Anm. 9. Assmann, a. a. O. S. 145.

## § 10. Rechtswirkungen aus dem abgeschlossenen Kauf. Die Faktura und die Bedeutung der in ihr enthaltenen Bestimmungen.

Mit der Annahme des in der Zusendung enthaltenen Antrages ist der Kaufvertrag perfekt geworden, die Rechte und Pflichten der Parteien bestimmen sich jetzt nach den Vorschriften über den Kauf. Es liegt nicht in dem Rahmen unserer Arbeit, sämtliche Rechtsvorschriften, die in Buch II Abschnitt VII Titel I des B.G.B. sowie in Buch III des H.G.B. II. über den Kauf gegeben sind, zu erörtern, vielmehr kann nur unsere Aufgabe sein, die Besonderheiten, die sich für unseren Kauf ergeben oder doch bei demselben vorkommen können und werden, aufzuführen.

Nach § 433 B.G.B. ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen; der Käufer muss die gekaufte Sache abnehmen und den Kaufpreis zahlen. Das Gesetz unterstellt den „regelmässigen" Kauf, bei dem zuerst der Kaufvertrag geschlossen wird und darauf die Erfüllung des Vertrages stattfindet. Bei uns fallen jedoch beide Vorgänge, abgesehen von der Bezahlung des Kaufpreises, zusammen, denn die Zusendung enthält sowohl einen Kaufantrag als auch ein vorzeitiges Erfüllungsangebot von Seiten des Verkäufers. Nimmt der Empfänger den Kaufantrag an, so ist der Verkäufer seiner Verpflichtung, die Sache zu übergeben, nachgekommen; ebenso cessiert die Pflicht des Käufers, die Ware abzunehmen, da die Kaufsache sich schon in dem Machtbereich des Empfängers befindet. Was die Pflicht des Verkäufers anbetrifft, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, so ist diese Vorschrift für unseren Fall nicht von Wichtigkeit, denn der Käufer wird nach § 932 B.G.B., wenn die Kaufsache dem Verkäufer nicht gehört hat, Eigentümer, falls

er im Augenblicke des Vertragsschlusses im guten Glauben war.[1]

Bei dem gewöhnlichen Kauf, den das B.G.B. unterstellt, geht die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer mit der Übergabe über.[2] Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache an einen anderen als den Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Kaufsache der Übermittelungsperson oder -anstalt übergeben hat.[3] Erfüllungsort ist, wenn nichts Anderes vereinbart ist, der Wohnsitz des Schuldners. Beim Kauf ist der Erfüllungsort für die Leistungen, die der Verkäufer zu erbringen hat, der Wohnsitz des Verkäufers zur Zeit des Vertragsschlusses bezw. seine gewerbliche Niederlassung; für die Leistungen des Käufers sein Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung.[3] Jedoch sind nach § 270 B.G.B. Geldschulden Bringschulden, d. h. der Käufer muss die Kaufsumme am Wohnsitz bezw. an dem Orte der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers zahlen; dieses ändert jedoch am Erfüllungsort nichts. Die Bestimmungen der §§ 446, 447 B.G.B. können in unserem Falle keine Anwendung finden, denn im Augenblicke der Übergabe der Ware ist der Empfänger noch nicht Käufer, was bei dem gewöhnlichen Kauf des B.G.B. der Fall ist. Da die Zusendung sich als einseitiger willkürlicher Akt des Absenders darstellt, so hat der Absender auch die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung zu tragen. Bringt der Empfänger aber durch eine Annahme-

---

[1] § 929 Satz 2 B.G.B. Über die Ausnahme dieser Regel § 935 B.G.B. Vergl. ferner die für Kaufleute, welche Bankier- und Geldwechslergeschäfte betreiben, gegebene Bestimmung des § 367 H.G.B. II.

[2] B.G.B. § 446.

[3] B.G.B. § 447.

[3] § 269 B.G.B.

betätigung den Vertrag zum Abschluss, so trägt er von dem Momente des Vertragsschlusses als jetziger Eigentümer der Ware auch die Gefahr.[1]

Das B.G.B. unterscheidet eine gesetzliche und eine vertragsmässige Gewährleistung des Verkäufers, falls die Kaufsache physische Mängel aufweist. Nach § 459 Abs. 1. B.G.B. haftet der Verkäufer, ohne Rücksicht auf seine eigene Kenntnis, dafür, dass die Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder in erheblicher Weise mindern. Die Haftung tritt jedoch nicht ein, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kannte oder wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb.[2] In letzterem Falle haftet der Verkäufer jedoch, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat. Einen Mangel „arglistig verschweigen" heisst, den Mangel kennen und in der Absicht den Gegner zu täuschen ihn nicht darauf aufmerksam machen. Die vertragsmässige Gewährleistung des Verkäufers geht dahin, dass die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat. Hier kommt auch eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaften in betracht, denn in der Zusicherung liegt ein Garantieversprechen. Ferner ist gleichgültig, ob der Verkäufer den Mangel gekannt hat oder der Käufer denselben erkennen musste. Kenntnis des Mangels beim Käufer schliesst allerdings auch hier die Haftung aus;[3] jedoch haftet der Verkäufer ohne Rücksicht auf das Kennenmüssen des Käufers, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Zu diesen Be-

---

[1] Ebenso Assmann, a. a. O. S. 81.
[2] § 460 B.G.B.
[3] § 459 Abs. 2 u. § 460 B.G.B.

stimmungen des B.G.B. kommt § 377 H.G.B. II. hinzu, wonach dem Käufer, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, eine Untersuchungs- und Rügepflicht auferlegt worden ist. Die Untersuchung soll unverzüglich nach der Ablieferung, soweit es nach ordnungsmässigem Geschäftsgange tunlich, die Anzeige unverzüglich, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, erfolgen, andernfalls die Ware als genehmigt gilt. Auch wenn sich später ein Mangel zeigt, muss der Käufer denselben bei sonstigem Praejudiz der Genehmigung rügen. Aus den Worten „unverzüglich nach der Ablieferung" ersieht man, dass auch diese Vorschrift für den gewöhnlichen Kauf, bei dem erst der Kaufvertrag geschlossen wird und dann die Erfüllung erfolgt, gegeben ist. Ablieferung im Sinne des § 377 H.G.B. II. ist derjenige Akt, durch welchen der Verkäufer den Käufer in die Lage setzt, über die Ware tatsächlich zu verfügen und deren Beschaffenheit zu prüfen.[1] Der Empfänger ist aber in unserem Falle vor dem Abschluss des Kaufes in der Lage gewesen, die Ware einer genauen Untersuchung zu unterziehen. Dadurch, dass er den Kaufantrag angenommen hat, hat er seinen Willen dahin betätigt, dass er die Ware, wie er sie bei der Prüfung des in der Zusendung enthaltenen Kaufantrages vorgefunden hat, billige. Der Empfänger würde arglistig handeln, wenn er erst den Vertragsabschluss herbeiführt, um nachher durch Rüge von Mängeln, die er bei dem Vertragsabschlusse gekannt hat, den „Preis zu drücken" oder Schadensersatz zu verlangen. Es ist hier also nur noch Raum für die Rüge solcher Mängel, welche bei ordnungsmässiger Prüfung des Kaufantrages nicht erkennbar waren, und derjenigen, welche arglistig verschwiegen sind.[2] Auch die Bestimmung des

[1] R. O. H. G. Band III. S. 391.
[2] Ebenso Assmann, S. 84.
H. G. B. II. § 377. 4.

§ 464 B. G. B., nach welcher der Käufer, wenn er den Mangel einer Sache kennt, sich bei der Annahme der Sache seine Rechte vorbehalten kann, ist ungeeignet in unserem Falle Anwendung zu finden, denn ein solcher Vorbehalt würde sich als „Einschränkung" im Sinne des § 150 Abs. 2 B. G. B. darstellen; die vermeintliche Annahme des Kaufantrages unter Vorbehalt gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen dem Absender gestellten Antrage.[1]

Die Ansprüche, die dem Käufer gegen den Verkäufer zustehen,[2] verjähren, falls es sich um Ansprüche wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft handelt, in 6 Monaten „nach der Ablieferung".[3] Aus der Eigenart unseres Kaufes, bei dem die Willenseinigung erst nach der Ablieferung zustande kommt, erhellt, dass die Verjährungsfrist dieses Anspruches in unserem Falle erst vom Abschlusse des Kaufvertrages an zu laufen beginnt, denn die Ansprüche stehen nur dem „Käufer" zu. Ist der Mangel arglistig verschwiegen, so verbleibt es bei der regelmässigen Verjährungsfrist von 30 Jahren.[4]

In den weitaus meisten Fällen sind die Bestimmungen des abzuschliessenden Kaufvertrages in einem Begleitschreiben enthalten, welches der Absender dem Empfänger aus Anlass der Zusendung übermittelt hat (Faktura). Im Handelsverkehre ist der übliche Inhalt einer Faktura Angabe der Quantität, der Qualität, des Preises, der Zahlungsmodalitäten, der sogenannten Reklamationsfristen und der Berechnung der Emballage; jedoch enthält die Faktura häufig noch andere Klauseln. Der Inhalt der Faktura stellt sich bis zum Momente der Annahme des Kaufantrages als einseitige, willkürliche Bestimmung des Absenders dar, die nicht geeignet ist, den Empfänger

[1] B. G. B. § 150 Abs. 2.
[2] §§ 462, 463 B. G. B.
[3] B. G. B. § 477.
[4] § 477 in Verb. mit § 195 B. G. B.

irgend wie zu verpflichten. Es kommt z. B. nicht selten vor, dass der Absender dem Adressaten die unbestellte Ware mit dem Bemerken zustellt, dass er, falls nicht binnen acht Tagen gegenteilige Antwort käme, den Kauf als abgeschlossen betrachte. Dieser Aufforderung braucht der Empfänger nicht nachzukommen, das Stillschweigen hierauf gilt nicht als Annahme des Kaufantrages, denn durch eine willkürliche, einseitige Bestimmung kann grundsätzlich niemand verpflichtet werden.

Eine weitgehende Bedeutung aber bekommt die Faktura, falls es zu einem Kauf zwischen den Parteien kommt. Mit der Perfektion des Kaufvertrages sind die in der Faktura festgelegten Bestimmungen zur lex contractus geworden, d. h. der Kaufvertrag ist unter Zugrundelegung dieser Bestimmungen geschlossen worden.[1] An die Stelle der gesetzlichen Regelung der Rechte und Pflichten der Kontrahenten tritt das im Vertrage Festgesetzte, soweit nicht die Rechtssätze zwingendes Recht sind.

Nach § 320 B.G.B. sind bei einem gegenseitigen Vertrage die Parteien verpflichtet, „Zug um Zug“ zu leisten. Aus der Eigenart unseres Kaufes ergibt sich, dass der Absender, falls es zum Kauf kommt, vorleistet. Was die Leistungspflicht des Käufers anbetrifft, so ist „Zug um Zug“ hier dahin auszulegen, dass der Empfänger-Käufer unverzüglich nach der Annahme des Kaufantrages seinerseits erfüllt, d. h. den Kaufpreis zahlt. Meistens ist der Kaufpreis in der Faktura ziffernmässig ausgedrückt; ist dieses nicht der Fall, sondern ist der Preis durch Wendungen, wie „„Offeriere Ihnen zum „laufenden“, „üblichen“ Preis““ ausgedrückt, so liegt hierin eine Beziehung auf den Marktpreis bezw. auf die Unterart des Marktpreises, den Börsenpreis.[2] Der Kauf-

[1] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 346 Nr. 2.
[2] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 380 Nr. 3.

preis kann auch nach dem Gewichte der verkauften Ware bestimmt sein. Nach § 380. 1. H.G.B. II. soll in diesem Falle das Bruttogewicht der Ware, d. i. das Gewicht der Zusendung (mit Verpackung), um das Taragewicht, d. i. das Gewicht der Emballage, reduziert werden, und dieses gewonnene sogenannte Nettogewicht, also das reine Gewicht der Ware, soll als Grundlage der Berechnung dienen. Jedoch kommt diese Vorschrift nicht zur Anwendung, wenn aus dem Vertrage oder dem Handelsbrauche des Erfüllungsortes des Verkäufers sich ein Anderes ergibt.[1] Verkehrsüblicher Weise ist zuweilen das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnis (sogenannte Usotara) statt nach genauer Feststellung abzuziehen oder es kommt dem Käufer Gutgewicht, d. h. eine unentgeltliche Zugabe, zu; endlich kann bisweilen Refaktie, d. h. ein Abzug für schadhafte und unbrauchbare Teile der Ware von dem Käufer gefordert werden. Massgebend ist hierfür bei Handelskäufen nach ausdrücklicher Bestimmung der vertragsmässige Erfüllungsort des Verkäufers.[2]

Enthält die Faktura eine Bestimmung, nach welcher der Verkäufer zur Gewährleistung wegen bestimmter Mängel der Sache nicht verpflichtet sein will, so ist, falls der Kauf zustande gekommen ist, diese „Vereinbarung" insoweit nichtig, als der Verkäufer Mängel arglistig verschwiegen hat.[3] Ob der ganze Kauf nichtig ist, ist im konkreten Falle unter Beobachtung der Bestimmung des § 139 B.G.B. zu entscheiden, wonach ein Rechtsgeschäft, wenn ein Teil desselben nichtig, in seinem ganzen Umfange nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Ferner ist im konkreten Falle festzustellen, ob das nichtige Rechtsgeschäft etwa von dem Empfänger bestätigt ist,

---

[1] H.G.B. II. § 380 Abs. 1 Satz 2.
[2] H.G.B. II. § 380 Abs. 2.
[3] B.G.B. § 476.

da eine solche Bestätigung als erneute Vornahme anzusehen ist.[1]

In der Faktura ist ein Vorbehalt derart möglich, dass bis zur Zahlung des Preises das Eigentum dem Verkäufer verbleiben soll (pactum reservati dominii). Dieser Vorbehalt kann den Charakter eines dem Verkäufer zustehenden Pfandrechts haben; im Zweifel ist jedoch anzunehmen, dass der Kauf unter der Suspensiv-Bedingung der vollständigen Preiszahlung geschlossen ist und dass der Verkäufer sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten hat, falls der Kaufpreis nicht innerhalb der festgesetzten Frist vom Käufer gezahlt wird.[2]

Musste der Käufer-Empfänger aus der Faktura erkennen, dass der Verkäufer-Absender die Verkaufsberedung in einem wesentlichen Punkte in einem anderem Sinne auffasst als er und nimmt er den Kaufantrag trotzdem an, so hat er sich durch sein Verhalten der Verkaufsberedung im Sinne des Absenders unterworfen; er würde arglistig handeln, wenn er nachträglich die Auffassung des Verkäufers nicht gelten lassen will.[3] Hat der Verkäufer sich in der Faktura so undeutlich ausgedrückt, dass der Empfänger die abweichende Auffassung des Absenders nicht erkennen musste, so ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ die Erklärung gegen den auszulegen, der sich klarer hätte ausdrücken sollen.[4]

Ist der Kauf nach voraufgegangenen Unterhandlungen perfekt geworden, so stellen sich die von dem Verkäufer nachträglich getroffenen Bestimmungen als willkürliche, einseitige Handlungen dar, die den Käufer nicht ver-

---

[1] B.G.B. § 141.

[2] Matthiass, a. a. O. I. S. 437 f.

[3] R. O. H. G. Bd. X. S. 179 ff.

[4] Dernburg, B. R. I. S. 341. R. O. H. G. Bd. VII. S.230. Ebenso Allgem. Landrecht I. 5. § 266.

pflichten. So entschied das R. O. H. G.,[1] dass der vom Verkäufer nachträglich bestimmte Vermerk über den Erfüllungsort, nicht die Annahme begründet, der Käufer sei mit demselben einverstanden, auch wenn der Käufer keinen Widerspruch erhebt. Eine solche Handlung des Verkäufers stelle sich als eine „offenbar vertragswidrige Zumutung" dar, die zurückzuweisen der Käufer unter dem sonstigen Praejudiz der Genehmigung nicht verpflichtet sei.

## II. Abschnitt: Es kommt kein Kauf zustande.

### I. Titel: Abweisung seitens des Empfängers.

#### § 11. Ablehnung des Antrages durch eine dem Absender gegenüber abgegebene ausdrückliche Erklärung.

Wie der Empfänger den in der Zusendung enthaltenen verbindlichen Kaufantrag durch eine ausdrückliche dem Absender gegenüber abgegebene zustimmende Erklärung annehmen kann, wenn ihm die Ware zusagt, so kann er anderseits, wenn er auf den angebotenen Kauf nicht eingehen will, dem Antragsteller eine ausdrückliche ablehnende Erklärung zukommen lassen. Diese Mitteilung hat man in der einschlägigen Litteratur sowie in der Spruchpraxis fast durchweg „Dispositionsstellung" genannt,[2] obwohl man gewöhnlich mit diesem Worte die Anzeige bezeichnet, zu welcher der Käufer nach § 377 H. G. B. II. verpflichtet ist, um seine Rechte zu wahren, wenn die Kaufsache Qualitätsmängel aufweist. Auf das Gefährliche dieser Bezeichnung der ablehnenden Erklärung des Empfängers unbestellter Ware als „Dispositionsstellung"

---

[1] R. O. H. G. XXII. S. 144. Ebenso R. G. V. S. 394. Bolze, a. a. O. Bd. XVIII. Nr. 447.

[2] Gareis, St. z. Disp. S. 5 f.
Gareis in Endemanns Hdb. II. S. 601.
Buschs Archiv Bd. IV. S. 370. E. des O. A. G. zu Nürnberg.
Steinbrüchel in Buschs Arch. I. S. 351 ff. S. 387 ff.

hat Hauausek[1] hingewiesen, denn durch diese gemeinschaftliche Bezeichnung ist man leicht geneigt, Rechtssätze, die für die Erklärung des die Nichtempfangbarkeit der Ware wegen Qualitätsmängel geltend machenden Käufers gegeben sind, auch auf die ablehnende Erklärung in unserem Falle anzuwenden, während nach der jetzt unbestrittenen Meinung die für den Käufer bestellter Ware geltenden Rechtsvorschriften über die Pflicht und Art und Weise der Dispositionsstellung ungeeignet sind durch extensive Interpretation oder Analogie auf den Empfänger unbestellter Ware ausgedehnt zu werden. Wegen dieser Gefährlichkeit der Verwechselung ist es nicht zu billigen, wenn man sich in unserem Falle des Ausdrucks „Dispositionsstellung" bedient.[2] Die ablehnende Erklärung ist hier grundsätzlich nur Befugnis des Empfängers. Lässt er dem Absender keine Nachricht zukommen, so stellt sich dieses als Untätigkeit dar, wogegen das passive Verhalten des Käufers von Waren mit Qualitätsmängeln sich als Nichttätigkeit darstellt, denn hier verlangt die Rechtsordnung eine Tätigkeit, macht also eine Handlung zur Pflicht, bei deren Unterlassung das Schweigen den Verlust der dem Käufer zustehenden Rechte zur Folge hat.

Auch eine „Reservation" oder „Protestation" liegt bei unserem Hauptfalle nicht vor.[3] Unter „Reservation" versteht man einen Vorbehalt bei einer Handlung behufs Ablehnung einer dem Handelnden nachteiligen Auslegung

---

[1] Hauausek, Haftung I. S. 222. Anm. 11.

[2] Auch Assmann vermeidet diesen Ausdruck; dagegen betitelt F. Zitelmann (a. a. O. Erlanger Dissert. 1899) den § 17 seiner Arbeit „Dispositionsstellung unbestellter Ware".

Fränkel (a. a. O. S. 25 Anm. 18) will die Bezeichnung beibehalten, da sie sich sowohl in der Litteratur und Judikatur eingebürgert habe als auch im kaufmännischen Verkehr in diesem Sinne verwendet werde. Ebenso spreche § 378 H.G.B. II. für ihre Beibehaltung.

[3] Gareis, St. z. Disp. S. 3 f.

der Handlung, unter „Protestation“ jede Verwahrung gegen die Wirkung von rechtlichen Tatsachen, welche unsere Rechte bedrohen.[1] Von der Reservation unterscheidet sich unsere Ablehnungserklärung dadurch, dass eine „Handlung“, die „nachteilig für den Handelnden“ ausgelegt werden dürfte, nicht vorliegt, von der Protestation dadurch, dass die Tatsache des blossen Lagerns der Ware bei dem Empfänger grundsätzlich keine nachteilige Wirkung für ihn hat.[2]

Aber auch in den Fällen, in welchen wir gefunden haben, dass der Empfänger verpflichtet ist, dem Absender eine Mitteilung zukommen zu lassen, liegt nicht immer eine „Dispositionsstellung“ im Sinne des § 377 H.G.H II. vor, denn das Hauptmoment dieses Rechtsinstituts liegt darin, dass der Käufer die mit Qualitätsmängeln behaftete Ware nach voraufgegangener Untersuchung rechtzeitig und richtig beanstandet, andernfalls die Ware als genehmigt gilt. Der Empfänger unbestellter Ware ist nach der neugeschaffenen Vorschrift des § 378 H.G.B. II. nur dann zur „Dispositionsstellung“ verpflichtet, wenn ihm statt der bedungenen Ware eine andere oder eine andere Menge von Waren zugestellt worden ist, sofern nicht die Ware die mehrfach erwähnte erhebliche Abweichung aufweist. In diesem Ausnahmefalle ist der „Käufer“ [3] verpflichtet, die Ware innerhalb der in § 377 bestimmten Frist, in dem verlangten Masse zu untersuchen und dieselbe unter einigermassen genauen Andeutung[4] der Mängel dem Absender gegenüber bei sonstigem Praejudiz der Genehmigung zu beanstanden. Nicht so in den übrigen Fällen, in denen der Empfänger verpflichtet ist, dem Absender eine Mitteilung zukommen zu lassen:

---

[1] Dernburg, B. R. I. S. 395.
Bekker, Pandekten II. S. 272.
[2] §§ 8, 9 dieser Arbeit.
[3] H.G.B. II. 378.
[4] R.G. Band XVIII. S. 55.

Vorerst scheiden die Fälle aus, bei denen wir gefunden haben, dass das Nichtantworten des Empfängers sich als Pflichtverletzung darstellt, denn hier ist der Empfänger dem Absender schadensersatzpflichtig, während das Unterlassen der „Dispositionsstellung" das Präjudiz der Genehmigung nach sich zieht. Aber auch in den anderen Fällen kann nicht von einer „Dispositionsstellung" die Rede sein, denn bei ihnen fehlen Hauptmomente der Dispositionsstellung: bei allen cessiert „die unverzügliche Untersuchung" und „die Angabe der Mängel", bei einigen die „unverzügliche" Mitteilung. Bei Vorliegen einer Geschäftsverbindung genügt, sofern nicht mit dem Aufschub Gefahr für die Ware des Absenders verknüpft ist, dass der Empfänger bei Gelegenheit, etwa in dem nächsten Geschäftsbriefe, dem Absender mitteilt, er wolle die Ware nicht kaufen: Gründe für seine Abweisung braucht er nicht anzugeben. Die Mitteilung hat hier den Charakter einer Protestation, ebenso in dem in § 9 dieser Arbeit erwähnten Irrtumsfalle III b. A. Eine Reservation wird z. B. dann vorliegen, wenn der Empfänger eine grössere Probe als zur Untersuchung nötig und üblich der Zusendung entnimmt und dem Absender unter Angabe von Gründen, weshalb er das übliche Mass überschritten, eine Mitteilung zukommen lässt, durch die er sich dagegen verwahrt, dass seine „Handlung" etwa als zustimmende Willensbetätigung gedeutet werde.

## § 12. Verweigerung der Empfangnahme.

Im Vorigen sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, dass sich die Ware in des Empfängers Behausung befindet, sei es dass sie ohne Willen des Empfängers dorthin gelangt ist, sei es dass er die Ware „empfangen" hat. Unter „empfangen" verstehen wir das rein faktische „nehmen", das tatsächliche physische Ergreifen der zugestellten Ware, welches grundsätzlich keine Schlussfolgerung

auf das Behalten zulässt, während in dem Worte „annehmen“ ein mehr oder weniger sicherer Schluss auf die Billigung enthalten ist.[1] Ist diese Empfangnahme der zur Aufnahme angebotenen Ware nur Befugnis des Empfängers oder auch seine Pflicht?

Bei der Erörterung dieser Frage scheiden naturgemäss die Fälle aus, in denen die Zusendung ohne Willen des Empfängers in seine Behausung gelangt ist, wo sie ihm „in die Hände gespielt“ ist.

Dass die Empfangnahme in allen den Fällen, in denen der Absender den Zweck verfolgt, mit dem Empfänger einen Kaufvertrag zu schliessen, Befugnis des Empfängers ist, liegt auf der Hand, denn erst hierdurch wird dem Empfänger die Möglichkeit gegeben, den Antrag zu prüfen. Zweifel können jedoch bei den Fällen der sogenannten irrtümlichen Zusendung entstehen. Man wird hier dem Empfänger ein solches Recht zugestehen, wenn die Empfangnahme der Ware dem Interesse des Absenders mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen entspricht.[2] Wann dieses der Fall sein wird, ist

---

[1] Jedoch liegen die Begriffe durchaus nicht fest. Gareis (Das St. z. Disp. S. 95 f.; in Endemann's Hdb. I. S. 661), Thöl (a. a. O. I. § 272) und Makower (H.G.B. § 338) gebrauchen „abnehmen“ in unserem Sinne, m. E. entgegen dem Sprachgebrauch im Handelsverkehr. Man vergl. auch B.G.B. §§ 433, 464 betreffs der Worte „abnehmen“ und „annehmen“; ferner gebraucht H.G.B. II. § 373 das Wort „Annahme“ für „Empfangnahme“ des Art. 343 H.G.B. I.; das B.G.B. in § 433 Abs. 2 „abnehmen“ für „empfangen“ des Art. 346 H.G.B. I. Vergl. die Untersuchung von K. Lehmann in der „Deutschen Juristen-Zeitung“, VII. Jahrgang, Nr. 21: „Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme“ (Empfangnahme) nach dem Bürgerl. Gesetzb. und dem Handelsgesetzbuche“, der jedoch zu wesentlich anderem Resultat gelangt.

[2] Vergl. das in § 9 zu Fall Ia und IIa unter 1) Ausgeführte. B.G.B. § 677 spricht zwar nur von „Führung“ des Geschäfts, die unbestrittene Meinung geht jedoch dahin, dass die Bestimmung auch für die „Übernahme“ des Geschäfts gilt.

nicht generell zu beantworten, vielmehr nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden.

Was die Pflicht zur Empfangnahme anlangt, so darf man als Grundsatz aufstellen, dass eine solche Verpflichtung im Allgemeinen für den Empfänger nicht besteht.[1] Es ist ein unbezweifelter schon im römischen Recht anerkannter Rechtssatz, dass ausser bestehenden obligatorischen Verhältnissen oder ausser den gesetzlich fixierten Fällen, die nur dringenden Bedürfnisses wegen zur Rechtssicherheit des öffentlichen oder Privatverkehrs gegeben sind, niemand verpflichtet ist, einen Eingriff in sein Rechtsgebiet oder in seine freie persönliche Selbstbestimmung zu dulden oder gegen seinen Willen für einen Anderen juristisch tätig zu werden. Der Absender beabsichtigt durch eine einseitige willkürliche Handlung in die Rechts- bezw. Geschäftssphäre des Adressaten einzugreifen; unzweifelhaft ist dieser berechtigt, einen solchen Angriff abzuwehren und er bewirkt dieses am leichtesten dadurch, dass er den Versuch im Keime erstickt, indem er die Empfangnahme verweigert. Es würde geradezu als eine Vergewaltigung erscheinen, wollte man dem Adressaten die Verpflichtung auferlegen, Waren in Empfang zu nehmen, deren Absendung er nicht durch eine Aufforderung verursacht und für die er kein Interesse hat: es hiesse dieses der Zudringlichkeit vieler Geschäftsleute Tür und Tor öffnen. Der Adressat steht zu der ihm zur Aufnahme angebotenen Ware in ähnlichem Verhältnis wie ein Mensch zu einer verlorenen Sache, die er sieht. Wenn nun dieser nicht verpflichtet ist, die Sache aufzunehmen, obwohl dieselbe unfreiwillig aus dem Machtbereich des

[1] Thöl, a. a. O. I. § 57.
Regelsberger, Civilr. Erört. S. 60 f.
Windscheid, a. a. O. II. § 309 Anm. 2.
Gareis in Endemanns Hdb. II. S. 662.
Assmann, §§ 35. 36.
Seuffert, Arch. Bd. VII. S. 97.

Verlierers gelangt und grosse Gefahr vorhanden ist, dass der Eigentümer infolge der Nichtaufnahme seitens des Finders die Sache überhaupt nicht wiederbekommt, um wieviel weniger braucht der Adressat unbestellte Ware bei sich aufzunehmen, die der Absender freiwillig aus der Hand gegeben hat und gegen deren völligen Verlust der Absender durch die Fürsorgepflicht der Übermittelungsperson oder -Anstalt gesichert ist. Auch wenn der Adressat bei dem Ablieferungsversuche erkennt, dass die Ware durch die Abweisung dem Verderb ausgesetzt ist oder dass dem Absender sonstige, wenn auch noch so erhebliche Vermögensnachteile erwachsen, so berührt den Empfänger dieses nicht. Wenn ein Kaufmann Bestandteile seines Vermögens zu Spekulationszwecken aus der Hand gibt, wodurch ihm, wie er weiss oder als Geschäftsmann wissen muss, Vermögensnachteile entstehen können, so handelt er auf eigene Gefahr, hat also selbst die Folgen zu tragen.[1] Auch besteht unter Kaufleuten kein Handelsbrauch, unbestellte Ware in Empfang zu nehmen; im Gegenteil, die weitgehendste Gewohnheit geht dahin, die Empfangnahme bei Kenntnis von dem Zwecke der Zusendung zu verweigern.

Es ist nun die Behauptung aufgestellt worden, dass die oben entwickelten Grundsätze über das Recht der Abweisung durch Empfangnahmeverweigerung nicht in vollem Umfange zur Anwendung kommen dürfen, wenn die beiden Parteien in Geschäftsverbindung stehen.[2] Auch Schlotter[3] steht auf diesem Standpunkt, verlangt jedoch die Empfangnahme nur dann, wenn der Adressat voraussichtlich für die etwa entstehenden Kosten gedeckt werden wird und wenn ihm

[1] Regelsberger, Civ. Er. S. 60.
[2] Steinbrüchel in Buschs Arch. I. S. 357.
Wolff „ „ „ XV. S. 318.
Luckhaus, a. a. O. S. 21.
[3] Schlotter, a. a. O. S. 49.

nicht durch die Verwahrung Nachteile entstehen können. Diesen Ansichten ist nicht beizutreten. Steinbrüchel sagt, dass dem Empfänger „nach allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen“ die Pflicht zu Treu und Glauben gebiete, die unbestellte Ware in Empfang zu nehmen. Allerdings schlingt die Geschäftsverbindung ein „Band“ um die Parteien,[1] aber dass „nach allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen“ die im Handelsverkehr an und für sich schon gesteigerte, durch dieses Band noch erhöhte Pflicht zu Treu und Glauben dem freien Selbstbestimmungsrecht Abbruch tun, ja dasselbe völlig beseitigen soll, — diese Behauptung dürfte ebenso als zu weitgehend verworfen werden müssen wie die Meinung Stammlers,[2] der den Richter anweist, bei kontraktlichen Verhältnissen die Rechte und Pflichten der Kontrahenten „im Sinne des sozialen Ideals“ zu verteilen.

Schlotter ist zu seiner Ansicht augenscheinlich durch die Bestimmung des § 362 H.G.B. II. gekommen. Nach dieser Bestimmung ist ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, verpflichtet, wenn ihm ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, die aus Anlass des Antrages mitgesendeten Waren der Übermittelungsperson oder -Anstalt abzunehmen,[3] soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachteil für ihn geschehen kann. Diese Norm trägt den Stempel der Sonderbestimmung. Der Gesetzgeber hat den Fall in seiner ganzen Eigenart genau spezialisiert, eine ausdehnende Interpretation oder analoge Anwendung ist daher ausgeschlossen. Hätte das Gesetz unseren Fall mitumfassen wollen, so wären

[1] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 362 Nr. 6.

[2] a. a. O. S. 36. Vergl. § 8 dieser Arbeit.

[3] Das Gesetz spricht von „vor Schaden bewahren“, jedoch schliesst dieser Begriff die Entgegennahmepflicht in sich. K. Lehmann in Lehmann-Ring § 362 Nr. 12.

die Worte „dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt“ und „über die Besorgung solcher Geschäfte“ überflüssig gewesen.[1]

Für unsere Frage ist zu beachten, dass das freie Selbstbestimmungsrecht nirgends so sehr in Erscheinung tritt, wie im Geschäftsverkehr ohne Unterschied ob die Parteien in Geschäftsverbindung stehen oder nicht. Wie weitgehend bei kontraktlichen Verhältnissen im kaufmännischen Verkehre der eine Kontrahent mit Rücksicht auf die Pflicht zu Treu und Glauben auch die Interessen des anderen — aber auch hier nur insoweit sie mit seinen eigenen nicht in Widerspruch stehen — berücksichtigt, so schroff und bestimmt weist jeder Kaufmann einen Eingriff in seine Geschäftssphäre zurück, wenn derselbe sich „mit seinen Geschäftsprinzipien nicht verträgt“. Anderseits haben unsere modernen Verkehrsanstalten auch Fürsorge getroffen, bei Waren, die dem Verderb ausgesetzt sind, den Absender weitmöglichst zu schützen.[2]

Jedoch muss man für den schon in § 9 dieser Arbeit erwähnten Fall eine Ausnahme machen: Wenn der Absender mit dem Adressaten in einer derartigen Geschäftsverbindung steht, dass jener diesem von Zeit zu Zeit Vertragsanträge unter gleichzeitiger Zusendung des Kaufobjektes macht, der Empfänger derartige Sendungen in Empfang genommen und, je nachdem ihm der Antrag zugesagt oder nicht, ihn angenommen oder abgelehnt hat, so ist der Empfänger verpflichtet, auch die Interessen des Absenders zu wahren, indem er die übersendete Ware

---

[1] Assmann spricht sich über diese Frage nicht aus, doch ist aus der auf Seite 149 gebrauchten Wendung „Gelangt eine Sendung auf Grund einer Geschäftsverbindung einmal in die Behausung des Adressaten, so . . . .“ zu schliessen, dass auch Assmann auf dem im Text vertretenen Standpunkte steht.

[2] Postordnung vom 20. März 1900 Abschnitt I. § 45 V. in Verbindung mit Ausführungsbestimmung zu § 6. II.; vergl. auch H.G.B. II. §§ 437. 454.

in Empfang nimmt, wenn er den Absender hierdurch vor Schaden bewahren kann. Dadurch dass der Adressat die ihm von seinem Geschäftsfreunde zugestellte unbestellte Ware immer in Empfang genommen, hat er das Verhalten des Absenders gebilligt, so dass dieser zu der Annahme berechtigt ist, dass demselben auch fernerhin unbestellte Zusendungen genehm sind. Durch das Wiederkehrende und Gebräuchliche hat sich zwischen den Parteien eine stillschweigende Vertragsberedung dahingehend herausgebildet, dass der Empfänger die Ware, wenn es das Interesse des Absenders erheischt, in Empfang nimmt.[1]

Eine ähnliche Verpflichtung will Staub[2] im Falle einer „Aliud- oder Mehrsendung" bei der in § 378 H.G.B.II. bezeichneten erheblichen Abweichung von der Bestellung dem Empfänger auferlegen, jedoch m. E. mit Unrecht, wie unten[3] noch näher ausgeführt wird.

## II. Titel: Weitere Verteilung der Rechte und Pflichten der Beteiligten.

### § 13. Die Zusendung ist ohne Willen des Adressaten oder zwar mit Willen aber ohne Kenntnis des Adressaten von dem Inhalt und dem Zweck der Zusendung in die Behausung des Adressaten gelangt.

Der Absender unbestellter Ware übermittelt zugleich die Ware mit der Offerte bezw. die Offerte in der Ware, die Gegenstand des Kaufes sein soll, von dem Erfahrungssatze ausgehend, dass das Unterbreiten einer Ware behufs Besichtigung und Prüfung besonders dazu geeignet ist, zum Kaufe anzureizen. Oft würde aber diese seine Absicht durch Ablehnung der Empfangnahme, wozu der

[1] Ebenso Assmann. § 17. b. Regelsberger Civ. Er. S. 95.
[2] Staub, H.G.B.II. Anm. 11 zu § 379.
[3] § 15 dieser Arbeit.

Empfänger, wie wir gesehen haben, das Recht hat, vereitelt werden und zwar dann, wenn die Sendung für den Empfänger äusserlich als unbestellte Ware erkennbar ist. Deswegen wird wohl in den meisten Fällen der Absender unterlassen, das Begleitschreiben vorher abzusenden, wie dieses im Geschäftsverkehre bei bestellten Waren häufig geschieht, wie er ebenso auf die Begleitadresse höchstens den Vermerk „Brief im Packet" setzen wird. Noch schwieriger ist für den Empfänger die Ausübung seines Rechts die Empfangnahme zu verweigern bei Packeten von geringem Gewicht sowie bei Sendungen in verschlossenem Briefumschlag, da die Post bei Packeten und Briefen bis zum Gewichte von 250 Gramm weder Begleitadresse noch Namen oder die Angabe des Inhalts fordert. Dazu kommt, dass der Postbote befugt ist, eine Sendung, bei der eine Begleitadresse nicht erforderlich ist, in den zur Aufnahme von Postsendungen im Hause des Adressaten angebrachten Briefkasten zu werfen; ebenso kann nach der Postordnung ein Packet, sofern es nicht unter „Einschreiben" oder unter ausdrücklicher Wertangabe abgeschickt ist, nicht nur dem Adressaten persönlich, sondern jedem Angestellten oder Dienstboten des Empfängers abgeliefert werden. In allen diesen Fällen ist die Ware in den Machtbereich des Empfängers hineingeschmuggelt, die Ware ist dem Adressaten, wie Thöl[1] sagt, „in die Hände gespielt". Durch die blosse Tatsache, dass die Ware in die Behausung des Adressaten gelangt ist, ist noch kein Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Absender entstanden, bei dem auf der einen Seite Rechte und auf der anderen diesen Rechten korrespondierende Pflichten entstehen. Die Ware ist in den Machtbereich des Adressaten durch einen willkürlichen einseitigen Akt des Absenders gelangt, und durch einen solchen kann im allgemeinen

[1] a. a. O. Bd. I. § 57.

niemand einen Anderen verpflichten, eine Handlung auszuführen oder etwas zu unterlassen. Grundsätzlich besteht daher für den Empfänger weder eine Erklärungspflicht, noch eine Pflicht, die Ware zurückzusenden oder dieselbe aufzubewahren.[1] Selbst wenn der Absender Rückporto beigefügt hat, wie solches bei Zusendung von unbestellten Lotterielosen fast immer in Gestalt eines „Freikuverts" geschieht, braucht der Empfänger der einseitigen Bestimmung des Absenders, das Los bei Ablehnung des Kaufantrages zurückzusenden, nicht Folge zu leisten. Die Ware steht auf Gefahr des Absenders bei dem Empfänger, frei von jedem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis; es trifft daher ein jeder Schade, den die Sache erleidet, den Absender.[2] Als unhaltbar ist nach dem Ausgeführten die ohne Begründung aufgestellte Behauptung Schlotters zu verwerfen, wonach dem Empfänger eine Aufbewahrungspflicht mit Haftung für dolus und lata culpa obliege.[3]

Aus dem Umstande, dass der Absender die Ware in die Behausung des Empfängers hineingeschmuggelt hat, erhellt, dass man leicht geneigt ist, dem Empfänger die weitgehendsten Rechte zuzubilligen, sich der Sache wieder zu entledigen. So gesteht Josef[4] dem Adressaten das Recht zu, die ihm unbestellt zugegangene Ware auf die

---

[1] Thöl, a. a. O. I. § 57.
Regelsberger Civ. Er. S. 60 f.
Josef, a. a. O.
Assmann, a. a. O. § 38.
Seuff. Arch. VII. 97.

[2] Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des O.A.G. Lübeck. Nr. 34, S. 45 f.
Thöl, Lehrb. des Handelsrechts. § 237. Nr. 17.
Gareis in Endem. Hdb. II. S. 662.
G. Cohn in Endemanns Hdb. III. § 292. S. 54.
Assmann, a. a. O. § 38.
Fränkel, a. a. O. S. 64 ff.

[3] Schlotter, a. a. O. S. 49.

[4] Josef in Dtsch. Jur. Ztg. Jahrg. 1901, Nr. 16/17.

Strasse zu werfen, ohne dass er sich hierdurch dem Absender verantwortlich macht. Gegen diesen von Josef aufgestellten Grundsatz richtet sich die Entgegnung Beers,[1] denn „das Ergebnis", zu dem Josef gelangt, entspreche „weder den Verkehrsanschauungen unserer Zeit noch der Rechtslage". Aus den weiteren Ausführungen Beers geht aber hervor, dass dieser einen ganz anderen Fall als Josef behandelt, denn während Josef seiner Erörterung den Fall zu Grunde legt, dass die Ware ohne Willen des Adressaten oder zwar mit Willen aber ohne Kenntnis des Adressaten von dem Inhalt der Sendung in die Behausung des Adressaten gelangt ist, unterstellt Beer, wie aus den Worten „der Adressat, der die unbestellte Ware sich hat aushändigen lassen", erhellt, seiner Entgegnung den Fall, in dem die Ware mit Willen des Adressaten und mit Kenntnis von der Unbestelltheit in den „Besitz"[2] des Adressaten gelangt ist. Dass daher Beer zu einem anderen Resultat als Josef gelangen muss, liegt auf der Hand. Anderseits sind diese Aufsätze ein lehrreiches Beispiel dafür, wie unangebracht es ist, Grundsätze aufstellen zu wollen, die bei allen Fällen der Zusendung unbestellter Ware Anwendung finden sollen.

Beer bezeichnet die Selbstentledigung durch Fortwerfen, die Josef dem Empfänger zugesteht, als „unwirtschaftliche Selbsthilfe", gegen die schon die Römer, wie aus der l. 1 § 3 D. 18,6 hervorgehe, eine starke Abneigung gezeigt haben. Wie stellt sich das B. G. B. zu der Ansicht Josefs?

Der Absender hat die Ware, dadurch dass er dieselbe nicht, für den Empfänger erkennbar, als unbestellte gekennzeichnet hat, auf dessen Grundstück geschmuggelt und so den Besitzer des Grundstücks in der Ausübung seines Besitzes, wenn auch oft in geringem Masse, gestört. Eine Störung im Besitze ohne Willen des Besitzers, ist,

---

[1] Beer in Dtsch. Jur. Ztg. Jahrg. 1901, Nr. 19.

[2] Vergl. das am Schlusse dieses Paragraphen Ausgeführte.

wenn das Gesetz die Störung nicht gestattet, widerrechtlich: Das Vorgehen des Absenders stellt sich hiernach als „verbotene Eigenmacht“ im Sinne des § 858 B. G. B. dar. Nach § 859 1 B. G. B. steht dem Besitzer, also unserem Empfänger, das Recht zu, sich „verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu entwehren“. Jedenfalls von diesem Gesichtspunkte aus ist Josef zu dem Ergebnis gelangt, dass der Empfänger, wenn er die Ware „auf die Strasse wirft“, nur von der ihm zustehenden gesetzlich erlaubten Selbsthilfe Gebrauch macht. Die Richtigkeit der Voraussetzung und des Gedankenganges dürfte nicht zu bezweifeln sein, wie auch das Zugestehen der Berechtigung, sich grundsätzlich der Sache durch Fortwerfen zu entledigen, nicht zu verwerfen ist. Da jedoch ein haarscharfes Ausüben eines jeden Rechtes, das einem zusteht, manche Härten mit sich bringen würde, hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse nur solche Rechte anerkannt, welche den Grundsätzen der Sittlichkeit nicht widersprechen. Allerdings ist die Rechtsordnung nicht im Stande, in jedem einzelnen Falle die Rechte derart zu begrenzen, dass sie nun unter allen Umständen mit der Sittlichkeit nicht im geringsten Widerspruch stehen; die Rechtsordnung kann und soll bei der Anerkennung der Rechte und ihres Inhalts nur insofern auf die Gebote der Sittlichkeit Rücksicht nehmen, als dieses bei Aufstellung von Rechtssätzen möglich ist. Da aber die Begrenzung der Ausübung der einzelnen Rechte dergestalt, dass jeder Missbrauch ausgeschlossen, der von dem Berechtigten getrieben werden könnte, unmöglich ist, so hat der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen des B. G. B. allgemeine Rechtssätze geschaffen, die dem Richter eine Handhabe für die im konkreten Falle notwendige Begrenzung geben. Wenn nun einerseits die Schaffung von Rechtssätzen, welche solche Rücksichtnahme auf die Gebote der Sittlichkeit vorschreiben, leicht die Gefahr des Missbrauchs mit sich bringt, auch dem Richter dadurch

eine schwere und verantwortliche Aufgabe gestellt worden ist, so beseitigen anderseits solche Normen häufig die nach allgemeinem Rechtsbewusstsein als Unbilligkeit empfundene Ausübung eines Rechtes. Die Notwendigkeit solcher Bestimmungen zeigt sich in drastischer Weise in unserem Falle, denn dem Rechte des Empfängers, sich der Ware durch Fortwerfen zu entledigen, ist durch § 826 B. G. B. eine Schranke gesetzt. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob dem Richter durch Anwendung des § 226 B. G. B. ein Mittel gegeben wäre, den Absender gegen eine solche wohl in den meisten Fällen offenbar als „Chikane“ angesehene Handlungsweise des Empfängers zu schützen, doch wird der Tatbestand dieses sogenannten Chikaneverbots m. E. in der Regel nicht gegeben sein. Der § 226 bestimmt weder, dass die Ausübung eines Rechtes unzulässig ist, wenn sittliche Rücksichten auf dem Spiele stehen, noch dass die Ausübung unzulässig ist, wenn sie in der Absicht geschieht, einem anderen Schaden zuzufügen. Ja, wenn sogar die Ausübung des Rechtes lediglich zum Zwecke geschieht, einem anderen Schaden zuzufügen, ist noch nicht einmal die Voraussetzung zur Anwendung des § 226 gegeben. Der Wortlaut wie die ratio legis erfordern, dass die Ausübung des Rechtes nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. In unserem Falle kann das Sichentäussern der Ware aber sehr wohl einen anderen Zweck haben, und wird denselben auch haben, wenn z. B. die Ware den Adressaten wesentlich im Besitze stört. Das Gesetz will aber nicht, dass vorerst eine Untersuchung angestellt werden soll, zu welchen Zwecke die Schadensstiftung vorgenommen ist, sondern es will die Bestimmung des § 226 nur angewendet wissen, wenn die Ausübung objektiv keinen anderen Zweck haben kann.

Wenn nun auch § 226 den Absender nicht gegen eine solche vorsätzliche Schadenszufügung schützt, so kommt ihm Hilfe aus § 826, denn der Tatbestand dieser

Norm ist in vollem Umfange gegeben. Die Bestimmung besagt, dass derjenige, welcher „in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist“. Voraussetzung des Anspruchs ist also 1. dass jemand einem anderen vorsätzlich Schaden zugefügt hat und 2. dass die Handlung, durch welche die Schädigung herbeigeführt ist, gegen die guten Sitten verstösst. Um dem Täter die Zufügung des Schadens als Vorsatz anzurechnen, genügt es, wenn er bei der Vornahme der Handlung das Bewusstsein der Schädigung hat.[1] Beide Voraussetzungen sind in unserem Falle häufig gegeben, denn es ist nicht zu bezweifeln, dass derjenige, welcher eine fremde Sache fortwirft, sowohl das Bewusstsein der Schädigung hat, als auch dass ein solches Verhalten gegen die guten Sitten verstösst. Jedoch wird das Fortwerfen der Ware dann nicht als gegen die guten Sitten verstossend angesehen werden dürfen, wenn das Lagern der Ware bei dem Empfänger eine nicht unwesentliche Beeinträchtigung seines ungestörten Besitzes ist.[2] Ob dieses der Fall ist, hat der Richter im konkreten Falle festzustellen. Man denke sich folgenden Fall: Der Kohlenhändler A. in einer kleinen Stadt hat bei einem Kohlenengrosgeschäft einen Waggon Kohlen, die er in kleinen Quantitäten wieder verkauft hat, bestellt. Von der Güterabfertigungsstelle wird dem A. mitgeteilt, dass die Kohlen eingetroffen sind und binnen 24 Stunden abgefahren werden müssen. Während der Zeit des Aufladens der Kohlen am Bahnhof sendet ein anderer Kohlenengroshändler, der gehört hat, dass A. einen Waggon Kohlen bestimmter Sorte nötig hat, diesem „per Axe“ 100 Sack Kohlen, setzt dieselben während der Abwesenheit des A. in dessen

[1] Prot. II. S. 8496.
Mot. VI. S. 202.
Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 827. Sachenrecht S. 617.

[2] Ebenso Fränkel, a. a. O. S. 68 Fussnote.

offenstehenden Kohlenschuppen und fährt wieder fort. A. kommt nach Hause, sieht seinen Schuppen mit Säcken voll Kohlen angefüllt und lässt, da er keinen anderen Schuppen zur Unterbringung seiner Kohlen hat und ihm auch kein anderer Raum, wohin er die unbestellte Ware schaffen kann, zur Verfügung steht, kurzer Hand die fremden Kohlen auf die Strasse setzen, um seine eigenen rechtzeitig und geeignet unterbringen zu können. Da die Ortspolizei nichts von dieser Sache hört oder zwar Kenntnis davon erlangt, sich der Kohlen jedoch nicht so schnell annehmen kann, bleibt die unbestellte Ware nachts auf der Strasse liegen und wird gestohlen. Hier hat der Empfänger dem Absender unzweifelhaft vorsätzlich Schaden zugefügt, aber es wird niemand mit Recht behaupten können, dass des Empfängers Benehmen als ein gegen die guten Sitten verstossendes anzusehen ist, so dass nach § 826 eine Schadensersatzpflicht gerechtfertigt erscheint. Der Ansicht Assmanns,[1] wonach der Selbstschutz des § 859 nur für „den eigenartigen Fall", dass der Adressat den Boten des Absenders bei dem Hineinschmuggeln der Ware, also gleichsam „auf frischer Tat" betrifft, gegeben sei, ist nicht beizustimmen, denn wie der aus dem Besitz des Grundstücks Gesetzte, „in einer den Umständen nach angemessenen Frist"[2] nach erfolgter Dejektion den Täter gewaltsam wieder vertreiben darf, ebenso wird man auch dem im Besitze gestörten Grundstücksbesitzer die Ausübung der Selbsthilfe sofort nach Kenntnis von der Störung — natürlich vorausgesetzt, dass die Ausübung der Selbsthilfe nicht gegen § 826 verstösst — zugestehen dürfen.

Das Preisgaberecht muss man dem Empfänger auch dann im weitesten Umfange zugestehen, wenn leicht verderbliche oder gar schon in Fäulnis übergegangene

---

[1] Assmann, a. a. O. S. 111. § 42 B. 2.

[2] So ist „sofort" in § 859 Satz 3 zu verstehen. (Matthiass, a. a. O. II. S. 13. Fischer-Henle Anm. 5 zu § 859.)

Waren Gegenstand der Zusendung sind, oder wenn die Ware nur einen geringen Wert hat, die Störung aber eine nicht unwesentliche ist. Ihering wirft in seiner „Jurisprudenz des täglichen Lebens“[1] die Frage auf, ob ein bisheriger Abonnent einer Zeitung, welcher sein Abonnement nicht erneuert hat und auch dem Kolporteur hat Mitteilung zukommen lassen, dass er die Zeitung nicht mehr halten wolle, berechtigt ist, die ihm trotzdem zugegangenen Nummern der Zeitung „in den Papierkorb“ zu werfen. Nach den obigen Ausführungen dürfte die Frage zu bejahen sein. Auch der Berliner Rechtslehrer Pernice soll in seinen Vorlesungen eine solche Papierkorblehre aufgestellt haben.[2]

In § 41 der häufig erwähnten Abhandlung führt Assmann aus, dass in allen Fällen, in denen der Empfänger „sich mit der Ware befasst“, Geschäftsführung ohne Auftrag vorliege, so besonders dann, wenn der Empfänger einen Spediteur oder Frachtführer mit der Rücksendung beauftragt oder einem Lagerhalter die Ware zur Aufbewahrung übergibt. Unserer Ansicht nach dürfte sich eine derartige Handlung des Empfängers in allen Fällen, in denen dem Empfänger das Preisgaberecht zusteht, als Ausübung des Selbstentledigungsrechts darstellen. Durch die Unterstellung, dass hier Geschäftsführung ohne Auftrag vorliege, kommt Assmann in Widerspruch mit seiner Behauptung,[3] dass „der Empfänger sich prinzipiell jeglichen Mittels bedienen darf, um die Ware wegzuschaffen, soweit er sich dabei nur keine unerlaubte Handlung zu Schulden kommen lässt“.[4] Nach § 678 B.G.B. ist ein Geschäftsführer, der eine Geschäftsführung vornimmt, die mit dem erkennbaren Willen des

[1] XI. Auflage 1897. VIII. 18.

[2] Assmann, a. a. O. §§ 38. 42.

[3] Assmann, a. a. O. § 42. S. 110.

[4] Hinzuzufügen ist „oder die Handlung nicht gegen § 826 B.G.B. verstösst“.

Geschäftsherrn in Widerspruch steht, letzterem schadensersatzpflichtig. Unter Anwendung dieser Bestimmung hält Assmann den sofortigen Weiterverkauf aus freier Hand als unzulässig, wenn der Absender ausdrücklich nur die öffentliche Versteigerung zugelassen hat. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Steht dem Empfänger das Selbstentledigungsrecht durch Fortwerfen zu, so darf er, um sich der Sache zu entledigen, dieselbe auch freihändig verkaufen, wenn ihm dieses bequemer ist; die Bestimmung des Absenders ist eine einseitige, willkürliche, der der Adressat keine Beachtung zu schenken braucht: die Handlung des Empfängers darf jedoch nicht gegen die §§ 226, 826 B.G.B. verstossen oder sich als unerlaubte im Sinne des § 823 B.G.B. darstellen, auch muss erkennbar sein, dass der Empfänger die Ware verkauft, um die Besitzstörung zu beseitigen. Mit demselben Rechte könnte man behaupten, dass der Adressat die Ware nicht zurückschicken dürfe, wenn der Absender ausdrücklich Übergabe an einen Lagerhalter verlangt hat. Ebenso müsste man, wenn man auf Assmanns Standpunkte stände, dem Adressaten, der die Ware einem Lagerhalter zur Aufbewahrung übergeben hat, nach § 681 die Pflicht auferlegen, dem Absender mitzuteilen, dass und bei wem die Sache lagert, während nach unbestrittener Meinung, wie auch Assmann an anderer Stelle anerkennt,[1] „der Absender sich darnach zu erkundigen hat, was aus seinem Antrage geworden ist".

Macht der Empfänger, wenn ihm das Preisgaberecht durch Fortwerfen zusteht, hiervon keinen Gebrauch, sondern übergibt er die Ware einem Lagerhalter oder beauftragt er einen Spediteur mit der Rücksendung oder nimmt er diese Handlung selbst vor, so steht ihm für die Auslagen oder sonstigen Kosten, sowie auch wegen eines anderweitigen Schadens, der ihm durch die Zusendung erwachsen ist, ein Schadensersatzanspruch aus § 867 zu;[2]

[1] Assmann, a. a. O. § 38.

[2] Vergl. das unten Ausgeführte.

die Höhe desselben bestimmt sich nach den §§ 249 ff. Sendet er die Ware zurück, so darf er die Sendung unter „Nachnahme“ senden, da er nach § 867 B.G.B. „Sicherheitsleistung“ verlangen kann. Jedoch ist auch bei der Rücksendung, wie überall, wo der Empfänger von einem Mittel Gebrauch macht, sich der Ware zu entledigen, zu beachten, dass die Art des Sichentledigens im konkreten Falle nicht gegen die Bestimmung des § 226 oder § 826 verstossen darf. Würde z. B. der Adressat eine Sendung von grossem Gewichte, die ihm „per Frachtgut“ zugegangen ist, „per Post“ zurücksenden, so wird hierin ein Verstoss gegen § 826 dann erblickt werden können, wenn die zwecks Übergabe der Ware an die Bahn aufzuwendende Mühe nicht erheblich grösser ist, als die Übergabe an die Post; befindet sich dagegen an dem Wohnort bezw. an dem Orte der gewerblichen Niederlassung des Adressaten keine Bahnstation, jedoch ein Postamt, so wird man dem Empfänger das Recht zugestehen dürfen, die Ware durch die Post zurückzusenden, wenn auch dem Absender hierdurch erheblich grössere Kosten erwachsen.

Steht dem Empfänger das Preisgaberecht grundsätzlich nicht zu und befasst er sich mit der Ware, so kommen die später zu erörternden Grundsätze zur Anwendung, die für den Fall gegeben sind, in welchem die Ware mit Willen des Adressaten und mit Kenntnis des Adressaten von dem Inhalt in den Besitz des Empfängers gelangt ist. Es sei daher gestattet, auf das in § 14 dieser Arbeit Ausgeführte zu verweisen.

Darf der Empfänger das Preisgaberecht durch Fortwerfen der Ware nicht ausüben, da ein solches gegen § 826 B.G.B. verstossen würde, und will er sich der Mühe, die Ware zurückzusenden, nicht unterziehen, so steht ihm das weitere Recht zu, gegen den Absender Klage auf Fortschaffung der Ware anzustellen. Die Klage ist eine Besitzstörungsklage im Sinne des § 862, Abs. 1,

Satz 1 B.G.B., denn das Hineinschmuggeln der Ware in des Empfängers Behausung stellt sich, wie wir oben des Näheren ausgeführt haben, als verbotene Eigenmacht von Seiten des Absenders dar, wodurch der Empfänger im Besitze gestört wird. Ist der Empfänger Eigentümer des Grundstücks, so steht ihm die Eigentumstörungsklage (actio negatoria) aus § 1004 B.G.B. zu.

Der Absender kann von dem Empfänger verlangen, dass dieser ihm gestattet, die Ware wieder abzuholen.[1] Zwischen den Parteien besteht ein nicht rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis: Der Absender ist insofern der Gläubiger des Empfängers, als dieser ihm die Wegschaffung der Ware gestatten muss. Die Leistung, die der Empfänger zu bewirken hat, ist also nur passiver Natur, zur Bewirkung der Leistung seitens des Adressaten ist eine Handlung des Absenders erforderlich. Der Empfänger kann jederzeit verlangen, dass der Absender die Ware fortschaffe. Fordert der Empfänger den Absender auf, die erforderliche Handlung vorzunehmen,[2] d. h. die Sache abzuholen, so gerät der Absender, wenn er dieser Aufforderung nicht Folge leistet, in Gläubigerverzug.[3] Der Empfänger ist nun berechtigt, die Ware nach § 372 B.G.B. zu hinterlegen und, wenn es sich um nicht hinterlegungsfähige Sachen handelt, die Ware nach den Vorschriften der §§ 383 ff. zu versteigern und den Erlös zu hinterlegen.

Josef sagt in dem schon mehrfach erwähnten Aufsatz, dass es „fast stets vom guten Willen des Empfängers abhängt, ob der Absender seine Sache überhaupt wiedererlangt", denn die Eigentumsklage des § 985 B.G.B. sei dem Absender versagt. § 985 lautet: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache ver-

---

[1] cf. das am Schluss dieses Paragraphen Ausgeführte. § 867 B.G.B.

[2] B.G.B. § 295 letzter Satz.

[3] B.G.B. §§ 295. 293.

langen". Dass die Ware, falls der Empfänger den Kaufantrag nicht annimmt, Eigentum des Absenders — es wird natürlich angenommen, dass er zur Zeit der Absendung Eigentümer war — bleibt, ist wohl selbstverständlich. Liegt aber das weitere Erfordernis der Anwendbarkeit des § 985 B.G.B. vor: ist der Empfänger „Besitzer" der Sache?

Der erste Entwurf eines B.G.B. unterschied gleich dem römischen Recht zwischen juristischem Besitz und Detention, das B.G.B. erwähnt dagegen die Detention nicht. Das Gesetz sagt in § 854, dass der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben wird. Es scheint danach, als ob es von einem Willensmoment gänzlich abgesehen hat. Dieses ist jedoch nach der herrschenden Meinung nicht der Fall.[1] Das B.G.B. hat in § 854 keine Begriffsbestimmung des Besitzes gegeben. Um anzunehmen, dass jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, genügt nicht die räumliche Herrschaft der Person über die Sache; tatsächliche Gewalt ist vielmehr die von den Anschauungen des Verkehrslebens anerkannte Herrschaft über eine Sache. Die Verkehrsanschauung erkennt aber bisweilen die tatsächliche Gewalt erst dann als vorliegend an, wenn zu der räumlichen Beziehung zwischen der Person und der Sache noch ein auf Erlangung der Gewalt gerichteter Wille des Erwerbers hinzutritt. Im allgemeinen genügt ein genereller Wille, häufig ist nach der herrschenden Meinung nicht einmal Kenntnis von dem Vorhandensein der Sache erforderlich; als Beispiel führt H. O. Lehmann an, dass man Besitz erwirbt an Sachen, die in den Hausbriefkasten

[1] Planck, a. a. O. Bd. III. S. 32.
H. O. Lehmann in Enneccerus-Lehmann II. § 19 ff.
Strohal, a. a. O. S. 67 ff.
Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2. S. 55.
Endemann, B. R. II. S. 159.
Motive, Band III. S. 80 ff.

geworfen werden. Die Motive[1] sprechen sich hinsichtlich dieses Falles nicht so bestimmt aus; nach ihnen „wird man in vielen Fällen, in denen eine Sache in den Machtbereich einer Person gelangt ist, in deren Wohnung gebracht, in einen aufgestellten Briefkasten gesteckt . . . eine auf Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichtete Absicht annehmen dürfen". Dieser Auffassung hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 867 B.G.B. Ausdruck gegeben. Besitz ist dann anzunehmen, wenn die Sache in jemandes Machtbereich gelangt und anzunehmen ist, dass er als verständiger Mensch bei objektiver Würdigung der Sachlage den Besitzwillen haben würde. Der animus ist kein selbständiges gesetzliches Erfordernis für den Besitzerwerb neben dem corpus, sondern er dient nur zur näheren Qualifizierung des corpus.[2] H. O. Lehmann definiert Besitz als „die tatsächliche Gewalt über eine Sache unter Verhältnissen, bei deren Vorliegen ein mit ihnen bekannter vernünftiger Mann den Besitzwillen haben würde".[3] Ist dieses nicht der Fall, so steht die Sache zwar im Gewahrsam, aber nicht im Besitz des Besitzers des Grundstücks bezw. der Wohnräume.

Betrachten wir von diesem Gesichtspunkte aus den Fall, in dem die Ware ohne Willen in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, so kommen wir zu dem Ergebnis, dass durch die blosse Tatsache, dass die Ware in einem räumlichen Verhältnis zu dem Adressaten steht, dieser noch nicht als Besitzer der Ware anzusehen ist.[4] Die Eigentumsklage aus § 985 B.G.B. dürfte dem Absender also versagt sein; es liegt vielmehr der Fall des § 867 B.G.B. vor. Schwieriger ist die Entscheidung, wenn die

---

[1] Motive, Band III. S. 81.

[2] H. O. Lehmann in Enneccerus-Lehmann II. S. 68.
Planck, a. a. O. Bd. III. S. 32.

[3] H. O. Lehmann, a. a. O. § 20. Nr. 5. Schlusssatz.

[4] Ebenso Assmann, a. a. O. § 50.
Anders Fränkel, a. a. O. S. 77.

Ware mit Willen des Adressaten, aber ohne Kenntnis des Adressaten von dem Inhalt in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist. Nach der von H. O. Lehmann gegebenen Begriffsbestimmung, wonach „Besitz die tatsächliche Gewalt ist unter Verhältnissen, bei deren Vorliegen ein mit ihnen bekannter vernünftiger Mann den Besitzwillen haben würde", wird man auch hier annehmen dürfen, dass der Empfänger noch nicht Besitzer geworden ist.[1] Demnach dürfte dem Absender die Eigentumsklage aus § 985 auch in diesem Falle versagt sein; sie wird ihm erst dann gegeben sein, wenn der Empfänger die Sache in Besitz genommen hat, d. h. wenn er sich mit der Ware im Interesse des Absenders oder zu dem Zwecke den Kaufantrag in Erwägung zu ziehen befasst hat. § 867 B.G.B. ergänzt den Schutz des Besitzers einer Sache für den Fall, dass die Sache auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt ist, indem dem Grundstückbesitzer die Verpflichtung auferlegt wird, dem Sachbesitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Ware zu gestatten. Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Ware dem Absender herauszugeben, sondern nur dem Absender zu gestatten, sich die Sache wegzuholen. Die Leistung, die der Empfänger zu bewirken hat, ist nur passiver Natur, besteht nur in dem Dulden der Wegschaffung. Soweit ist Josef zuzustimmen. Den weiteren Ausführungen Josefs ist jedoch nicht beizupflichten, da ein solches Verhalten des Empfängers, wie es ihm Josef zugesteht, teils gegen die guten Sitten, teils sogar gegen die Bestimmung des § 226 B.G.B. verstossen würde. Josef verlangt nämlich, dass der zur Wegschaffung der Sache sich einfindende Absender genau die Stelle der Wohnung angeben soll, wo die Sache sich befindet, und gesteht, wenn der Absender dieses nicht kann, dem Empfänger das Recht zu, die Auskunft über den Verbleib der Ware zu ver-

[1] Anders Fränkel, a. a. O. S. 19/20. S. 77.

weigern. Demgegenüber ist folgendes zu bemerken: Der Empfänger der Ware ist nach § 867 B.G.B. verpflichtet, dem Absender die Wegschaffung der Ware zu gestatten. Insofern besteht zwischen beiden ein Schuldverhältnis. Die Leistung, die der Empfänger als Schuldner dem Absender zu erbringen hat, besteht in der Gestattung der Wegschaffung. Da nun einerseits nach § 242 B.G.B. der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, anderseits auch die Ausübung des Rechts der Auskunftsverweigerung, wenn man dem Empfänger ein solches Recht zugestehen wollte, unzulässig ist, da sie nur den Zweck haben kann, dem Absender Schaden zuzufügen, so wird man wohl ohne Bedenken diese Ansicht Josefs verwerfen dürfen.

Tut der Absender das Seinige, um die Ware wegzuschaffen, indem er sich bei dem Empfänger einfindet und nach Leistung der etwa verlangten Sicherheit[1] sich erbietet, die Ware wegzuschaffen, so gerät der Empfänger, wenn er sich weigert, die Wegschaffung zu gestatten, in Verzug[2] und haftet für den dem Absender durch die Weigerung entstehenden Schaden.[3] Und zwar hat der Empfänger sowohl den Schaden zu ersetzen, der dem Absender durch die vergeblich versuchte Wegschaffung entstanden ist, als auch denjenigen, den der Absender dadurch erleidet, dass er über die Ware nicht anderweitig disponieren kann. Auch die Haftung des Empfängers ist jetzt eine strengere, denn er haftet nun inbetreff der Ware für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit; ja, er trägt sogar die Gefahr des zufälligen Unterganges der Ware, wenn anzunehmen ist, dass die Ware in der Behausung des Absenders nicht untergegangen sein würde.[4]

---

[1] B.G.B. § 867.

[2] B.G.B. § 284.

[3] B.G.B. §§ 286. 287.

[4] B.G.B. § 287.

Eine Änderung des Anspruchs tritt auch dann zu des Absenders Gunsten ein, wenn der Empfänger die ihm in die Behausung geschmuggelte Ware „in Besitz nimmt". Wann dieses anzunehmen sein darf, ist nach dem oben Ausgeführten im konkreten Falle festzustellen. Liegt eine Inbesitznahme von Seiten des Empfängers vor, so liegt, wie schon erwähnt, vom Moment der Inbesitznahme der Fall juristisch ebenso, als ob die Ware mit Willen und mit Kenntnis des Inhalts in des Empfängers Behausung gelangt ist. Das auch in dem im folgenden § behandelten Falle der Empfänger Besitzer ist, ist nach dem Ausgeführten wohl selbstverständlich.

## § 14. Die Zusendung ist mit Willen und mit Kenntnis des Empfängers von dem Zweck und dem Inhalt der Sendung in den Besitz des Empfängers gelangt.

Von dem vorigen Falle völlig verschieden und daher scharf zu trennen ist der Fall, in dem die Zusendung mit Willen des Adressaten und mit Kenntnis von dem Zweck und dem Inhalt der Sendung von dem Adressaten oder einer zu solcher Empfangnahme bevollmächtigten Person, etwa einem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten empfangen worden ist. Aus dem Umstande, dass der Empfänger, welcher den Zweck der Zusendung kennt, also weiss, dass er nicht verpflichtet ist, die Ware in Empfang zu nehmen, dieselbe trotzdem bei sich aufnimmt, erhellt, dass dieser Fall für den Absender günstiger liegt, als der im vorigen Paragraphen behandelte.

Vorerst kann dem Empfänger hier niemals das Recht zustehen, sich der Ware durch Fortwerfen zu entledigen, denn von einer Besitzstörung kann hier deshalb nicht die Rede sein, weil die Ware mit Willen des Adressaten und mit Kenntnis von dem Inhalt und dem Zweck der Zusendung in des Empfängers Besitz gelangt ist. Ferner muss dem Em-

pfänger die Pflicht auferlegt werden, irgend wie dafür zu sorgen, dass der Absender, falls es nicht zum Kauf kommt, die Ware wiederbekommen kann, dass die Ware nicht zu Grunde geht, denn es würde wider Treu und Glauben verstossen, wenn der Adressat eine fremde Sache bei sich aufnehmen würde, obgleich er weiss, dass er hierzu nicht verpflichtet ist, und nach der Aufnahme sich nicht um die Ware kümmern würde. Über den Umfang der Verpflichtungen, die dem Empfänger in betreff der Ware obliegen, herrscht in der einschlägigen Literatur lebhafter Streit, da eine weitgehende Meinungsverschiedenheit darüber besteht, in welchem Rechtsverhältnisse die Parteien zu einander stehen.

Seit Inkrafttreten des B. G. B. haben sich zwei Juristen eingehend mit dieser Frage beschäftigt, und zwar Beer in dem erwähnten Aufsatz in der Deutschen Juristen-Zeitung und Assmann in der häufig erwähnten Spezialabhandlung.[1] Die Ansichten stimmen insofern überein, als sowohl nach Beer als auch nach Assmann die Pflichten, die dem Empfänger betreffs der Ware obliegen, vertragsmässig übernommen sind, denn durch die Empfangnahme sei zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen. Der Absender habe durch die Zusendung dem Adressaten einen Vertragsantrag gestellt, der Adressat habe die Ware mit Kenntnis von dem Antrage in Empfang genommen, in dieser in Hinblick auf den gestellten Antrag erfolgten Empfangnahme sei die Annahme des Antrages zu erblicken. So weit stimmen die Ansichten überein. Von hier ab gehen jedoch die Meinungen weit auseinander. Man hat naturgemäss, wenn man einen Vertrag zwischen zwei Parteien als geschlossen annimmt, zuerst zu untersuchen, ob derselbe einem der im 7. Abschnitt des zweiten Buches des B. G. B. im Einzelnen geordneten Vertragstypen entspricht. Beer bejaht dieses. Nach Beer steht „rechtlich

[1] Auf dem von Assmann vertretenen Standpunkt steht auch Fränkel, a. a. O. § 11.

wie tatsächlich“ nichts im Wege, einen Verwahrungsvertrag als geschlossen anzunehmen. In der Zusendung unbestellter Ware liege sowohl eine Verkaufsofferte wie eine Verwahrungsofferte und zwar der Antrag den zugeschickten Gegenstand, falls er nicht gekauft wird, bis zur Abholung aufzubewahren. In der Empfangnahme liege nicht die Annahme der Kaufofferte, wohl aber die Annahme des Verwahrungsantrages. Nach Beer haben daher die in Buch II Abschnitt VII Titel XII des B. G. B. über „Verwahrung“ gegebenen Vorschriften Anwendung zu finden. Hiergegen ist einzuwenden, dass nach der herrschenden Meinung ein Verwahrungsvertrag im Sinne des B. G. B. nur dann vorliegt, wenn die Aufbewahrung einer hinterlegten Sache ausschliesslich oder doch hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages bildet;[1] die Aufbewahrung der beweglichen Sache muss Hauptzweck[2] des Geschäftes sein. In dem vorliegenden Falle ist der Hauptzweck, den der Absender mit der Zusendung verfolgt, nicht darauf gerichtet, dass die Ware aufbewahrt werde, sondern er beabsichtigt, die Ware zu verkaufen. Ist die Pflicht der Aufbewahrung, so führen die Motive[3] aus, die Wirkung aus einem anderen zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse, „die rechtliche Folge eines dem Verwahrungspflichtigen eingeräumten Rechtes“, so liegt ein Verwahrungsvertrag im Sinne des B. G. B. nicht vor. In unserem Falle ist die Aufbewahrung aber die rechtliche Folge eines dem Verwahrungspflichtigen eingeräumten Rechtes; die Aufbewahrung entspringt dem Rechte des Empfängers, die Ware zwecks Ankauf zu besichtigen und zu prüfen. Der Ansicht Beers dürfte daher nicht zuzustimmen sein.

Auch Assmann steht, wie schon erwähnt worden ist, auf dem Standpunkte, dass die Sorgfalt, die dem

---

[1] Mot. II. S. 570. Planck, a. a. O. S. 437 § 688 Anm. 3a.
[2] Matthiass, Bd. I. § 126 sub. II. A. Seite 545.
[3] Mot. II. S. 570.

Adressaten nach der Empfangnahme inbetreff der Ware obliegt, sich als vertragsmässige Verpflichtung des Empfängers darstelle. Assmann unterstellt, ausgehend von dem Standpunkte der Vertragsfreiheit, den das B. G. B. vertritt, nach welchem die Parteien nicht an die Schliessung der im Gesetz ausdrücklich geregelten Verträge gebunden sind, sondern ihre „Rechts- und Verkehrsverhältnisse" nach freiem Belieben bestimmen und Verträge jeglichen Inhalts, soweit sie erlaubt[1] und möglich[2] sind, schliessen können, für diesen Fall einen Vertrag, den er „Besichtigungsvertrag" nennt. Der Absender habe seine Ware dem Empfänger zum Besicht angeboten, der Adressat habe dieselbe mit Kenntnis von dem Zwecke in Empfang genommen, in der Empfangnahme[3] sei daher die Annahme des Besichtigungsvertrages zu erblicken.

M. E. heisst es der Sachlage Zwang antun zu unterstellen, dass in der Empfangnahme die Annahme eines Vertrages zu erblicken ist. Das Begehren des Absenders, welches in der Zusendung enthalten ist, ist ein mannigfaches, es besteht in dem Antrage, die Ware zu besichtigen, zu prüfen, zu kaufen, aufzubewahren, zurückzusenden u. a. m. Dass in der in Hinblick auf das gestellte verschiedenartige Begehren erfolgten Empfangnahme der Ware ein Bewilligen seitens des Empfängers in irgend einer Hinsicht zu erblicken ist, dürfte nicht zu bezweifeln sein. Jedoch ist aus der Empfangnahme nicht ersichtlich, welches an ihn gestellte Begehren anzunehmen der Empfänger den Willen gehabt hat. In § 61 führt Assmann selbst an, dass ein Vertrag dann nicht vorliege, wenn der Adressat die Sendung bei sich aufnahm, „um dem Absender einen Gefallen zu tun, um ihm z. B. die grossen Kosten der unnützen Rückforderung zu ersparen". Aus der blossen Empfangnahme ist aber nicht ersichtlich, zu welchem

[1] §§ 134, 138 B. G. B.
[2] § 306 B. G. B.
[3] Ebenso Fränkel, a. a. O. S. 84.

Zweck die Ware bei sich aufzunehmen der Adressat den Willen gehabt hat. Von einem Vertragsschlusse, einer „Einigung" der Parteien, d. h. einer „Übereinstimmung" zweier auf einen bestimmten[1] rechtlichen Erfolg gerichteten Privatwillenserklärungen dürfte daher wegen Unbestimmtheit, genauer Nichtbestimmbarkeit, abzusehen sein. Immerhin dürfte aber ein „vertragsähnliches" Verhältnis vorliegen.

In § 61 der häufig erwähnten Abhandlung behandelt Assmann den Fall, dass der Adressat die Sendung zwar mit Kenntnis von dem Inhalt und dem Zweck bei sich aufnahm, dieses jedoch nur tat, „um dem Absender einen Gefallen zu tun, um ihm z. B. die grossen Kosten einer unnützen Rückforderung zu ersparen"; „er nahm an", so fährt Assmann fort, „der Absender werde die Ware bei guter Gelegenheit wieder abholen". Woraus zu ersehen sei, zu welchem Zwecke der Adressat die Ware in Empfang genommen hat, sagt Assmann nicht. Auf jeden Fall muss nach Assmann der Empfänger, da in der Empfangnahme grundsätzlich der Abschluss des „Besichtigungsvertrages" zu erblicken sei, nach dem Satze „affirmanti non neganti incumbit probatio" beweisen, dass er die Ware in Empfang genommen hat, um dem Absender einen Gefallen zu tun. Falls die Empfangnahme im Interesse des Absenders erfolgt ist, sollen die Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung kommen. Auf die Pflichten, die dem Empfänger hier obliegen, geht Assmann in § 61 nicht ein, sondern verweist auf das in den §§ 41, 44 seiner Abhandlung Ausgeführte. Dort sind die Normen, die in Buch II Abschnitt VII Titel XI des B. G. B. für das Rechtsinstitut der negotiorum gestio gegeben sind, auf unseren Fall angewendet worden; dass

[1] Nach Fränkel (a. a. O. S. 84) entsteht durch die Empfangnahme ein Vertrag „mit genau abgegrenzten Verpflichtungen auf beiden Seiten".

dem Empfänger die Pflicht zur Aufbewahrung obliegt, wie diese Aufbewahrungspflicht zeitlich und örtlich abzugrenzen ist, insbesondere aber woraus die Pflicht zur Aufbewahrung resultiert, ist nicht ausgeführt worden.

Hauausek[1] macht die von Assmann beobachtete Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher und nichtrechtsgeschäftlicher Aufbewahrungspflicht nicht, sondern verweist allgemein auf das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag: Der Empfänger sei verpflichtet, auf die Ware die Sorgfalt anzuwenden, „zu deren Beobachtung er sich durch den Beginn der Geschäftsführung verpflichtet hat"; insbesondere habe der Adressat „durch die Empfangnahme die Verpflichtung übernommen", die Ware für den Empfänger aufzubewahren. Hiergegen ist einzuwenden, dass in dem vorliegenden Falle der Adressat sehr häufig, ja meistens die Ware in Empfang genommen hat, um dieselbe zwecks Ankauf zu besichtigen und zu prüfen. In der Empfangnahme liegt dann nicht die Übernahme eines fremden, sondern eines eigenen Geschäfts. Von der Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag kann aber nur dann die Rede sein, wenn jemand die auftraglose Führung eines Geschäfts für einen anderen übernimmt, mit dem Willen, ein fremdes Geschäft zu führen. Die Ansicht Hauauseks dürfte daher wohl auch nicht zutreffend sein.

M. E. kann die Frage, weshalb dem Empfänger in dem vorliegenden Falle, im Gegensatz zu dem „überrumpelten" Adressaten, die Pflicht auferlegt werden muss, für die Aufbewahrung der Ware zu sorgen, aus einem anderen Gesichtspunkte gelöst werden. Da im Momente der Empfangnahme noch nicht festzustellen ist, ob die Parteien in einem Vertragsverhältnis oder einem sonstigen vom Gesetzgeber durch ausdrückliche Normen geregelten Rechtsverhältnis zu einander stehen, so ist der Ausgangs-

[1] Hauausek, Haftung I. S. 235 f.

punkt für die Lösung der vorliegenden Frage von der rechtlichen und tatsächlichen Beziehung der Parteien zur Ware zu nehmen. Im Augenblick der Empfangnahme findet eine Besitzverschiebung statt. Der Absender hat durch die Zusendung seinen unzweifelhaften Willen dahin kundgetan, dass der Adressat die Ware an sich nehmen dürfe. Der Adressat hat die Absicht des Absenders gekannt und hat durch die Empfangnahme die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, ist mithin also Besitzer der Ware geworden. Jedoch ist der unzweideutige Wille der Parteien der, dass der Empfänger, falls der beabsichtigte Kaufvertrag nicht zustande kommt, nur auf Zeit den Besitz behalten soll. Der Empfänger steht zu dem Absender in einem, wie vorhin bemerkt, vertragsähnlichen in § 868 B. G. B. vorgesehenen „Verhältnisse“: der Absender ist mittelbarer, der Empfänger unmittelbarer Besitzer der Ware geworden. Der Empfänger leitet sein Recht zum Besitze von dem Absender, dem Eigentümer der Ware, her. Nach § 985 f. B.G.B. ist der Besitzer verpflichtet, dem Eigentümer die Sache herauszugeben, wenn das Recht, auf Grund dessen er zum Besitz berechtigt ist, erloschen ist. Der Empfänger ist also kraft Gesetzes, richtiger kraft nicht-rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses, Schuldner des Absenders und zwar insofern, als er nach Erlöschen des in der Sendung enthaltenen Kaufantrages auf Verlangen die Ware herausgeben muss. Diese Herausgabepflicht würde aber illusorisch werden, wenn der Empfänger die Waren verkommen liesse. Nach § 276 B.G.B. hat der Schuldner „die im Verkehre erforderliche Sorgfalt“ zu vertreten, d. h. ein jeder Schuldner ist gehalten, betreffs seiner Leistung so zu handeln, wie es in Hinblick auf die Sachlage nach Treu und Glauben angemessen ist. Was angemessen ist, ergibt sich aus der Prüfung des konkreten Schuldverhältnisses. In allen Fällen, in denen ein Gegenstand, sei es kraft rechtsgeschäftlichen, sei es kraft nicht-rechtsgeschäftlichen

Schuldverhältnisses, geschuldet wird, gehört zu der Sorgfalt, die der Schuldner zu vertreten hat, eine angemessene Aufbewahrung des Leistungsgegenstandes.[1] Diese allgemeine Verpflichtung resultiert nicht aus einem auf Verwahrung gerichteten besonderen Vertrage, sondern aus der Pflicht zu Treu und Glauben. „Erforderlich" in § 276 bedeutet aber nicht, dass alle Mittel angewendet werden müssen, die dem Schuldner behufs Verhütung des Schadens zu Gebote stehen, sondern nur diejenigen, welche der Sachlage entsprechen.[2] Die Aufbewahrungspflicht und der Umfang derselben ist somit aus allgemeinen Grundsätzen, aus der Pflicht zu Treu und Glauben und der Verkehrsseite herzuleiten. Auch K. Lehmann steht auf dem Standpunkte,[3] dass bei der Zusendung unbestellter Ware der Empfänger nicht aus einem Verwahrungsvertrage verpflichtet sei, für die Aufbewahrung der Ware zu sorgen. Die Pflicht zur Aufbewahrung, zu welcher der Empfänger in besonderen Fällen der Zusendung unbestellter Ware gehalten sei, resultiere aus der Pflicht zu Treu und Glauben; man dürfe hier weiter gehen als hinsichtlich der Genehmigung und ohne Bedenken das Bestehen eines derartigen Handelsgebrauches annehmen, denn „Gesetz und Anstand" gebiete „Aufbewahrung", auch wenn nicht genehmigt wird.

Wenn wir im Vorigen die Meinung derer verworfen haben, die in der Empfangnahme die Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag erblicken, so ist damit nicht behauptet, dass die Normen dieses Rechtsinstituts überhaupt ungeeignet sind, in unserem Falle Anwendung zu finden. Wir haben nur die Ansicht, dass in der blossen Empfangnahme die Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu erblicken ist, als bedenklich verworfen,

---

[1] Endemann, B. R. I. § 113. S. 486 ff.
[2] Endemann, B. R. I. § 113. S. 487.
[3] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 379 Nr. 2.

denn wollte man dieses annehmen, so würde man in Widerspruch kommen mit der wohl unzweifelhaft richtigen Behauptung Assmanns, dass „der Schwerpunkt der Verpflichtungen beim Absender, der der Berechtigungen beim Empfänger liegt".[1] Hätte der Empfänger mit der Empfangnahme die Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag übernommen, so wäre er verpflichtet, betreffs der Ware so zu sorgen, wie es dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders entspricht.[2] Hiernach muss man zu dem Schluss kommen, dass der Empfänger durch die Empfangnahme die Verpflichtung übernommen hat, eine Kette von Handlungen vorzunehmen und zwar alle Handlungen, die im Interesse des Absenders liegen: in konsequenter Durchführung dieser Meinung würde man den Empfänger auch verpflichten müssen, dem Absender die Ware zurückzuschicken oder sie für Rechnung des Absenders zu verkaufen, wenn es dessen Interesse erheischt. Die Pflichten des Empfängers würden also bei Weitem grössere sein wie die des Käufers im Falle der Beanstandung.[3] Dieses entspricht weder der Sachlage noch der kaufmännischen Verkehrssitte.

Jedoch dürften viele Handlungen, die der Empfänger an oder mit der Ware vornimmt, aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag zu betrachten sein: Die Aufbewahrungspflicht ist nicht die Folge der Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag, aber die einzelnen Tätigkeiten, zu denen der Empfänger behufs Ausführung der ihm nach allgemeinen Grundsätzen obliegenden Aufbewahrung verpflichtet ist, können und müssen aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag beleuchtet werden, und zwar dann, wenn sie im Interesse des Absenders behufs Erfüllung der Aufbewahrungspflicht vorzunehmen sind und sich als fremde Ge-

[1] Assmann, a. a. O. § 54. S. 128.
[2] B.G.B. § 677.
[3] Vgl. hierüber K. Lehmann, a. a. O. § 379. Nr. 21.

schäfte darstellen. Diese beiden Vorraussetzungen müssen kumulativ vorhanden sein. Nicht als fremde Geschäfte, sondern als unzweifelhaft eigene sind die Tätigkeiten anzusehen, die der Empfänger vorgenommen hat, um den in der Zusendung enthaltenen Kaufantrag zu prüfen. Diese Tätigkeiten braucht der Empfänger nicht vorzunehmen, darf sie jedoch vornehmen, auch wenn sie — was wohl selten der Fall sein wird — dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders nicht entsprechen sollten.[1]

Was die Aufbewahrungspflicht im Einzelnen anbetrifft, so dürften folgende Gesichtspunkte als leitende anzusehen sein:

Die Aufbewahrung soll, wie ausgeführt worden ist, eine angemessene sein. Was angemessen ist, wird sich aus den mannigfachsten Umständen ergeben. So hat der Empfänger besonders die Beschaffenheit der Ware und Empfindlichkeit gegen Witterungseinflüsse zu berücksichtigen: handelt es sich um Waren, die leicht unter Feuchtigkeit oder Kälte leiden, so wird er dieselben in einem trockenen bezw. warmen Raume unterzubringen haben.[2] Häufig ist der Wert der Ware für die Art und Weise der Aufbewahrung massgebend. Der Juwelier in dem oben[3] erwähnten von Cosack konstruierten Falle wird den ihm zum Kaufe angebotenen wertvollen Schmuck unter besonders sicherem Verschluss aufzubewahren haben; ja, man dürfte hier einen der wenigen[4] Fälle vor sich haben, in dem der Empfänger verpflichtet ist, die Ware zu versichern.

---

[1] Über die Grenzen des Prüfungsrechtes vgl. § 8. Schluss dieser Abhandlung.

[2] Ebenso Assmann, a. a. O. § 56 S. 131.

[3] § 7 dieser Arbeit.

[4] Vgl. für den beanstandenden Käufer K. Lehmann, a. a. O. § 379. Nr. 14.
Endemann, Hdb. II. S. 719 Anm. 104.

Zeitlich dürfte die Aufbewahrung der Sachlage angemessen als „einstweilige“ abzugrenzen sein, denn nicht nur der Schuldner hat so zu handeln, wie Treu und Glauben und die Verkehrssitte es erfordern, sondern auch der Gläubiger darf dem Schuldner nicht zumuten, was den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwider ist. Auch die Erwägung, dass der Empfänger nicht schlechter zu stellen ist als der Käufer im Falle der Beanstandung, rechtfertigt den Schluss, dass dem Empfänger nur eine Pflicht zur „einstweiligen“ Aufbewahrung obliegt. Der Empfänger hat die Ware also nur bis zu dem Zeitpunkt angemessen aufzubewahren, in welchem der Absender unter regelmässigen Umständen selbst für die Erhaltung der Ware sorgen kann. Diese Frist dürfte je nach Lage der Umstände eine längere oder kürzere sein: zu berücksichtigen ist hier 1) die „Erledigungszeit“, d. h. die Zeit, die der Empfänger nötig hat, um die Ware zu besichtigen und zu prüfen, — denn der Absender geht davon aus und darf davon ausgehen, dass der Adressat die Ware zwecks Prüfung des Kaufantrages in Empfang genommen hat, — und 2) die räumliche Entfernung der Niederlassung der beiden Beteiligten.

Der Käufer hat im Falle der Beanstandung gemäss § 379 H.G.B. II. die Pflicht, für die einstweilige Aufbewahrung der Ware zu sorgen, ebenso hat der Kaufmann im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 362 H.G.B. II. die Pflicht, die mitgesendete Ware „vor Schaden zu bewahren“. Sowohl der Begriff in § 379 „für die einstweilige Aufbewahrung sorgen“ als auch der Ausdruck in § 362 „vor Schaden bewahren“ schliesst die Pflicht in sich, die Ware der Übermittelungsperson oder -anstalt abzunehmen.[1] Dass grundsätzlich in dem vor-

[1] K. Lehmann, a. a. O. § 379. Nr. 12.
Buschs Arch. Bd. XIX. S. 347.
K. Lehmann, a. a. O. § 362. Nr. 12.
Protokolle. S. 581 f.

liegenden Falle der Empfänger nicht verpflichtet ist, die Ware in Empfang zu nehmen, ist in § 12 dieser Arbeit des Näheren ausgeführt: die Aufbewahrungspflicht umfasst nicht die Pflicht der Empfangnahme, sondern ist die sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebende Folge des Rechts der Empfangnahme.

Bestritten ist die Frage, ob der Empfänger verpflichtet ist, die Ware, falls sie dem Verderb ausgesetzt ist, für Rechnung des Absenders zu verkaufen. Hauausek[1] verlangt dieses, denn nur hierdurch könne der Empfänger seiner Aufbewahrungspflicht genügen. Dem ist nicht zuzustimmen. Der Absender hat vorausgesehen oder musste voraussehen, dass die Ware bei längerer Lagerung dem Verderb ausgesetzt sein oder durch Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage oder durch sonstige ungünstige Chancen entwertet oder im Werte gemindert werden würde; er hat mit der Möglichkeit eines solchen Schadens zu rechnen und daher die nötigen Vorkehrungen zur Verhütung desselben zu treffen, insbesondere die Ware rechtzeitig wieder abzuholen. Tut er dieses nicht, so hat er den Schaden selbst verschuldet und daher auch zu tragen.

Die Pflicht des Empfängers ist die, für die einstweilige Aufbewahrung „Sorge zu tragen“: er ist nicht verpflichtet, die Ware selbst aufzubewahren, sondern darf sie einem Lagerhalter oder sonst einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben. Im Augenblick der Übergabe der Ware an einen Dritten wird der Empfänger von jeder Haftung frei, sofern er bei der Auswahl des Dritten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachtet hat. Wollte man mit Assmann und Beer annehmen, dass die Aufbewahrung eine vertragsmässig übernommene Verpflichtung ist, so würde nach § 278 B.G.B. der Empfänger für das Verschulden des Lagerhalters haften.

Zurückzuschicken braucht der Empfänger dem Ab-

---

[1] Hauausek, Haftung I. S. 236. Anm. 27.

sender die Ware nicht;[1] grundsätzlich ist dieser verpflichtet, die Ware wieder abzuholen. Jedoch ist im konkreten Falle festzustellen, ob nicht im Handelsverkehr sich eine derartige Usance herausgebildet hat. So besteht in manchen Branchen, wie z. B. in der Textil- und Kurzwarenbranche ein Handelsgebrauch, nach welchem sogenannte Ansichtssendungen, d. h. Sendungen, bei denen der Adressat eine Auswahl Waren vom Absender erbeten hat, „franko gegen franko" geschehen, d. h. der Empfänger ist verpflichtet, die Ware „nichtkonvenierendenfalls" zurückzusenden und zwar unter Tragung des Rückportos.

Dem Empfänger stehen die verschiedensten Mittel zu Gebote, sich der Ware wieder zu entledigen. So ist er berechtigt, die Ware dem Absender wieder zurückzuschicken. Er darf dieses jedoch erst nach Ablauf der Frist, in der er unter regelmässigen Umständen annehmen darf, dass der Absender in der Lage ist, die Ware abzuholen, denn wir haben gefunden, dass die notwendige Folge der Empfangnahme die Pflicht der einstweiligen Aufbewahrung ist. Sendet er sie vor diesem Zeitpunkt zurück, so ist zu untersuchen, ob die Rücksendung sich als Geschäftsführung ohne Auftrag darstellt, m. a. W. ob die Rücksendung dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders entspricht. Dieses dürfte anzunehmen sein, falls nach der Rücksendung der Absender nicht schlechter gestellt ist, als wenn der Empfänger von seinem Recht der Empfangnahmeverweigerung Gebrauch gemacht haben würde.

Will der Empfänger sich der Mühe nicht unterziehen, die Ware zurückzusenden, so kann er den Absender auffordern, die Ware abzuholen. Kommt der Absender dieser Aufforderung nicht nach, so gerät er in Gläubigerverzug.[2] Der Empfänger haftet jetzt einerseits nur für Vorsatz

---

[1] Hauausek, Haftung I. S. 236. Anm. 27. Abs. 2.

[2] B.G.B. § 295.

und grobe Fahrlässigkeit,[1] anderseits steht ihm nun ohne Rücksicht auf das Interesse des Absenders die Befugnis zu, die Ware nach den Vorschriften der §§ 383 ff. des B.G.B. zu versteigern.

Für die durch die Aufbewahrung entstandenen Kosten kann der Empfänger Ersatz verlangen,[2] falls sie sich als Aufwendungen darstellen, die der Empfänger zwecks Erhaltung, Verwertung bezw. Rückschaffung der Ware im Interesse des Absenders für erforderlich halten musste.[3] Jedoch ist der Ersatzanspruch nur bei Nichtbestehen eines entgegengesetzten Handelsbrauches begründet.[4] Entsprechen die Tätigkeiten, welche die Kosten verursacht haben, dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders nicht, m. a. W. ist der Absender nicht gehalten, die Geschäftsführung anzuerkennen, so ist der Empfänger auf den Bereicherungsanspruch beschränkt.[5]

Bestritten ist die Frage, ob § 354 H.G.B. II. auf unseren Fall Anwendung finden kann; es ist daher ein näheres Eingehen auf die Frage erforderlich. Nach der dem Art. 290 des H.G.B. I. entsprechenden Bestimmung des § 354 H.G.B. II. kann jemand, welcher „in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, auch ohne Verabredung Provision, und wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern". Es muss sich also um Geschäftsbesorgungen oder Dienstleistungen bezw. Aufbewahrung handeln: Unter Geschäftsbesorgungen sind die juristischen Tätigkeiten, unter Dienstleistungen die faktischen Tätigkeiten zu ver-

---

[1] § 300 B.G.B.
[2] E. des R.O.H.G. Band XXIV. Nr. 12.
[3] B.G.B. §§ 683. 670. 684 Schlusssatz.
[4] E. des R.O.H.G. Band XXIV. Nr. 12.
[5] B.G.B. § 684.

stehen;[1] Aufbewahrung ist eine Dienstleistung, mit der zugleich die Benutzung eines dem Dienstleistenden gehörenden Raumes verbunden ist. Die Worte „in Ausübung seines Handelsgewerbes“ wollen nichts Anderes sagen als der Ausdruck des Art. 290 H.G.B. I. „in Ausübung des Handelsgewerbes“; es ist daher ausreichend, dass die Tätigkeit im Sinne der allgemeinen Bestimmungen der §§ 343. 344 H.G.B. II. zu dem Handelsgewerbe des Empfängers gehört. Ein weiteres Erfordernis ist, dass die Tätigkeiten für den Absender vorgenommen sein müssen; es genügt nicht, dass der Absender aus der Tätigkeit, die der Empfänger im eigenen Interesse vorgenommen hat, Vorteil zieht.[2] Nach dieser Erwägung ist in unserem Hauptfall der Umstand von entscheidender Bedeutung, ob der Empfänger den Kaufantrag in Erwägung zieht oder nicht. Zieht der Empfänger den Kaufantrag nicht in Erwägung, tritt er nicht in den Besicht und die Prüfung der Ware zwecks Ankaufs ein, so kann er Provision als Geschäftsführer ohne Auftrag verlangen, also nur dann, wenn die Tätigkeiten dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders entsprechen. Erfolgt die Geschäftsführung in Widerspruch mit dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders, so ist der Empfänger auf den Bereicherungsanspruch beschränkt.[3] Zieht der Empfänger den Kaufantrag in Erwägung, so ist grundsätzlich die Aufbewahrung bis zu dem Zeitpunkte, in dem der Empfänger die Abholung der Ware erwarten darf, unentgeltlich, denn hier sind die Tätigkeiten des Empfängers in eigenem Interesse erfolgt; der Absender ist nur „Rechtsparasit,[4]“ d. h. er zieht aus dem von dem Empfänger in

---

[1] Seuffert, Arch. Band 56. Nr. 82.

K. Lehmann in Lehmann-Ring Nr. 9 zu § 354; anders Düringer-Hachenburg (a. a. O. § 354 Note III. 2a.), die eine scharfe Trennung der Begriffe für unmöglich halten.

[2] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 354 Note 4.

[3] B.G.B. § 684.

[4] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 354 Note 4.

eigenem Interesse vorgenommenen Tätigkeiten Vorteil.[1] Entwickelt der Empfänger im Interesse des Absenders ausserhalb seiner normalen Verpflichtung Tätigkeiten, die dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Absenders entsprechen, so besteht für diese Tätigkeiten ein Anspruch auf Provision. Die Höhe des Anspruchs ist nach den am Orte der Dienstleistung üblichen Sätzen, wenn solche nicht zu ermitteln sind, nach freiem richterlichen Ermessen in angemessener Höhe festzusetzen. Für die Höhe des Lagergeldes ist die für die Aufbewahrung erforderliche Grösse des Raumes, die Aufsicht sowie sonstige Schutzmassregeln, welche für die Ware nach Wert und Beschaffenheit erforderlich sind, ausschlaggebend. Daraus, dass Provision und Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen bestimmt werden sollen, folgt, dass der gesetzliche Anspruch für die Dienstleistung cessiert, wenn nach dem Ortsgebrauche derartige Dienstleistungen unentgeltlich geschehen. Das Reichsgericht hält die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit des § 369 Abs. 1 H.G.B. II. auch dann für gegeben, wenn der Kaufmann die Tätigkeiten in Wahrnehmung seines Retentionsrechtes vornimmt, denn hier fördere er das eigene Interesse neben dem Interesse des Anderen.[2] Nach der vorherrschenden Meinung ist auch im Falle der Versteigerung wegen drohenden Verderbes der nach § 379 H.G.B. II. zur Disposition gestellten Ware für den „Käufer" ein Anspruch auf Provision begründet;[3] nach Düringer-Hachenburg ist die Berechnung einer solchen Vergütung jedoch „nicht üblich".[3]

---

[1] Mit Recht spricht das R.O.H.G. (Bd. 24 Nr. 12) dem Empfänger einer erbetenen Ansichtssendung den Anspruch auf Lagergeld ab.

[2] E. des R.G. Band I. S. 284.
Bolze, Arch. Band VI. Nr. 118. 345.
K. Lehmann in Lehmann-Ring § 354 Note 4.

[3] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 354 Note 4.
Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 354 Note 3. a. cc.

Der Empfänger hat ein Zurückbehaltungsrecht für seinen Anspruch wegen Verwendungen und wegen des ihm durch die Ware verursachten Schadens, denn dieses Recht hat nach § 273 Absatz 2 des B.G.B. ein jeder, der einen Gegenstand — mit Ausnahme des Falles, in dem der Gegenstand durch unerlaubte Handlung erlangt ist — herauszugeben hat. Das gleiche Recht steht dem Empfänger nach § 273 Abs. 1 B.G.B. wegen Lagergeldes oder anderweitiger Provision zu, denn der Anspruch auf Provision ist „aus demselben rechtlichen Verhältnisse entsprungen, auf dem seine Verpflichtung beruht".

Steht dem Empfänger auch das weitergehende sogenannte „kaufmännische" Retentionsrecht aus § 369 Abs. 1 H.G.B. II. zu? Hauausek[1] und das O.A.G. Dresden[2] verneinen dieses unter Berufung auf die Worte „auf Grund von Handelsgeschäften"; jedoch spricht Hauausek, falls eine Bestellung vorausgegangen ist, das kaufmännische Retentionsrecht dem Empfänger zu, selbst wenn die Ware sich als unbestellte darstellt. Mit Berücksichtigung der Veränderung, die durch die Schaffung der §§ 378, 379 H.G.B. II. stattgefunden hat, müsste man nach der von Hauausek beobachteten Unterscheidung, wonach der Schwerpunkt auf die voraufgegangene Bestellung zu legen ist, dem Empfänger bei der in § 379 bezeichneten Abweichung das kaufmännische Retentionsrecht zubilligen; dem Empfänger in unserem Hauptfalle dagegen würde es versagt sein. Auf einen anderen Standpunkt steht Gareis.[3] Es kommt nicht darauf an, führt Gareis aus, dass die Ware bestellt sei; das Dispositionsgut sei „in Verfolgung kommerzieller Zwecke" abgeschickt und „zweifellos mit Willen des Absenders und auf Grund von

[1] Hauausek, Haftung I. S. 236. Anm. 27.
[2] Goldschmidt, Ztschr. XVII. Seite 200 f.
Seuffert, Archiv XXIV. Nr. 259.
Ebenso Fränkel, a. a. O. S. 75/76.
[3] Gareis, St. zur Disp. § 48. S. 144 f.

Handelsgeschäften in den Besitz des Empfängers gelangt". Dieses sei zur Begründung des kaufmännischen Retentionsrechtes genügend. Unbestimmt drückt sich v. Hahn[1] aus, nach dessen Ansicht „nicht zur Ausführung gekommene Handelsgeschäfte (Offerte, Zusendung unbestellter Ware) strenge genommen nicht hierher gehören". Ebenso setzt sich Assmann[2] über die umstrittene Frage mit der Wendung hinweg, dass, wenn beide Teile Kaufleute sind, „je nach den Umständen" auch noch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der §§ 369 ff. H.G.B. II. „in Frage kommen kann".

Anlass zu diesen Meinungsverschiedenheiten hat die Ausdrucksweise des § 369 Abs. 1 H.G.B. II. gegeben, dass der Empfänger „auf Grund von Handelsgeschäften" Besitzer der Ware geworden sein muss. Die Lösung der Frage läuft daher auf die Deutung der Worte „auf Grund von Handelsgeschäften" hinaus: Zu den Handelsgeschäften gehören alle Geschäfte eines Kaufmanns, welche, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, den Zwecken des Handelsgewerbes zu dienen bestimmt sind; es ist also nur eine Beziehung zum Handelsbetrieb erforderlich; auch die Vermutung des § 344 H.G.B. II. greift Platz. Das Wort „Geschäft" deckt sich mit dem Begriff des Bürgerlichen Rechts „Rechtsgeschäft"; Geschäft ist also ein Tatbestand, an welchen wegen einer in ihm enthaltenen Willenserklärung einer Person Rechtsfolgen geknüpft sind: es gehören somit zu den Handelsgeschäften nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie Offerte, Geschäftsführung ohne Auftrag u. a.[3] Hiernach muss man dem Empfänger — natürlich vorausgesetzt, dass die sonstigen Voraussetzungen des § 369 Abs. 1 H.G.B. II. gegeben sind — das kaufmännische

[1] v. Hahn, a. a. O. Band II. S. 179 Anm. 16.
[2] Assmann, a. a. O. § 46. S. 117.
[3] Staub, a. a. O. II. § 343. Anm. 19.
K. Lehmann in Lehmann-Ring § 343, Note 4.

Retentionsrecht zubilligen.[1] Dieser Meinung steht eine Entscheidung des R.O.H.G[2] entgegen des Inhalts, dass das kaufmännische Retentionsrecht nur dann gegeben sei, wenn die Zusendung „in der beiderseitigen Erwartung eines Handelsgeschäftes" (?) erfolgt sei, an rein unbestellt zugesendeten Waren könne ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden. Denselben Standpunkt vertreten namhafte Rechtslehrer, wie K. Lehmann[3] und Hauausek[4]. K. Lehmann ist der Ansicht, dass diese Meinung nicht in Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes stehe, denn in § 369 Abs. 1 sei das Wort „Handelsgeschäft" in abweichendem Sinne gebraucht.[5] Die Entscheidung des Reichsgerichts,[6] welche die Gegner für ihre Behauptung anführen, steht m. E. auf den von uns vertretenen Standpunkt. Allerdings entschied das Reichsgericht hier auch in einer Sache, in welcher zwischen den Parteien ein Kaufvertrag über die Ware abgeschlossen war; jedoch war der Kauf wegen Verzuges des Verkäufers vom Käufer vor Absendung der Ware rückgängig gemacht. In der Übersendung der Ware, so führt das Reichsgericht aus, „sei eine Offerte zu erblicken, welche bei der Kaufmannseigenschaft beider Parteien die Natur eines Handelsgeschäftes umsomehr hat, als . . . ."

Die Form der Geltenmachung der Gegenansprüche ist häufig die, dass der Empfänger die Ware nach Ablauf der Prüfungszeit „unter Nachnahme" zurücksendet.

---

[1] Ebenso Staub (a. a. O. § 369, Note).
Gareis, D. St. zur Disp. § 48. S. 144 f.
[2] E. des R.O.H.G. (Band X. S. 236).
[3] In Lehmann-Ring § 369, Note 11.
[4] Hauausek, Haftung I. S. 236. Anm. 27.
[5] K. Lehmann in Lehmann-Ring § 343 Note 4.
[6] E. des R.G. Band 26 S. 58 ff.

## II. Teil: Weitere Fälle.

### § 15. Der Fall der Zusendung eines „aliud pro alio" und der Fall der sogenannten „Mehrsendung". Anwendungsgebiet der §§ 378, 379 H.G.B. II.

Unter der Herrschaft des H.G.B. I. waren Doktrin und Praxis sich darüber einig, dass die in den Artt. 347, 348 betreffs Mängel in den Eigenschaften der Ware gegebenen Vorschriften über unverzügliche Untersuchung, Mängelanzeige und einstweilige Aufbewahrung nicht analog angewendet werden durften auf den Fall, dass eine Ware anderer Gattung, eine „alia res", oder eine andere Menge von Waren als die vereinbarte geliefert worden war. Der Richter war in den diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten immer vor die schwierige Aufgabe gestellt, zu entscheiden, ob die im Anschluss an eine Bestellung zugesandte, jedoch derselben nicht entsprechende Ware nur fehlerhafte Erfüllung wegen Mängel in den Eigenschaften war oder ob dieselbe sich als eine „alia res" darstellte. Dabei herrschte ein lebhafter Streit, wann man das Vorhandensein einer alia res annehmen müsse. Während die Meinung der einen dahin ging, dass es genüge, wenn man die allgemeine Verkehrsauffassung berücksichtige, so verlangen andere, dass man die an den Plätzen oder bei den betreffenden Warengattungen massgebenden Usancen in Erwägung ziehe; manche schliesslich fordern ein Eingehen auf die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles und wollen z. B. als Massstab die etwa geäusserte Intention der Parteien anlegen.[1] Aber auch abgesehen von der Schwierigkeit, eine bestimmte Grenze zu ziehen, ob die

[1] Hierzu: Gareis, das St. zur Disp. S. 15 f.
Schlotter, a. a. O. S. 8.
Weber, a. a. O. S. 11.
Hauausek, Haftung I. S. 232. Anm. 23.
E. des R.O.H.G. XXIV. Nr. 107. S. 405 f.

Abweichung eine derartige ist, dass man berechtigt ist, die Ware als eine alia res zu bezeichnen oder ob nur ein Mangel in den Eigenschaften der Ware vorliegt, so entbehrt auch die Unterscheidung der inneren Berechtigung.[1] Denn es kann eine Ware, die nach allen Verkehrsbegriffen als einer anderen als der bedungenen Gattung zugehörend angesehen wird, für den Zweck des Empfängers vielleicht besser und leichter zu verwerten sein als eine Ware, die zwar derselben Gattung angehört wie die bedungene, jedoch einen erheblichen Qualitätsmangel aufweist.[2] Für den Empfänger, dem anstatt Futterrübensamen Küchenrübensamen gesendet worden ist — dieser ist als eine Ware anderer Gattung angesehen worden als jener[3] — kann diese Abweichung von der Bestellung vielleicht von geringerer Bedeutung sein, als wenn ihm auf eine Bestellung hin statt Hanfwerg Flachswerg oder statt Stahlfedern Eisenfedern zugeschickt sind, obwohl die Abweichung in diesen Fällen nur als Qualitätsmängel aufgefasst ist.[4] Da nun diese Unterscheidung den Stempel der Willkürlichkeit an der Stirn trägt, ihr jegliche innere Berechtigung fehlt, so hat der Gesetzgeber diesem unleidigen Zustande ein Ende zu machen versucht, indem er in den §§ 378, 379 H.G.B. II. demjenigen Kaufmann, welchem von einem anderen Kaufmann statt der bedungenen Ware eine „alia res“ oder eine andere Menge von Waren geliefert wird, ebenfalls die Pflicht der Dispositionsstellung auferlegt. Jedoch hat der Gesetzgeber von der Erwägung ausgehend, dass eine völlige Gleichstellung der erwähnten beiden Fälle unzweckmässig und ungerecht ist, der gleichmässigen Behandlung eine Einschränkung gegeben. Der neue § 378 bestimmt, dass der Empfänger einer „alia

[1] Denkschrift. S. 243.
[2] K. Lehmann in Lehmann-Ring. § 378 Note 1.
[3] Löhr, a. a. O. N. F. I. S. 582.
[4] Löhr, a. a. O. N. F. II. S. 374.
Buschs Arch. XV. S. 187.

res“ nur dann verpflichtet ist, die Ware bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung zur Disposition zu stellen, wenn die übersandte Ware von der bedungenen nicht offensichtlich so erheblich abweicht, dass der Absender die Genehmigung des Empfängers als ausgeschlossen betrachten muss. Ist dieses der Fall, so kommen die oben entwickelten Grundsätze über unbestellte Ware zur Anwendung. Wenn auch durch diese neue Unterscheidung eine feste Grenze nicht gezogen worden ist, so hat sie doch einesteils den Vorzug gerecht zu sein, andernteils dem Richter die Richtschnur und eine Handhabe zu geben, alle Umstände des konkreten Falles gebührend berücksichtigen zu können. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Absender die Genehmigung des Empfängers als ausgeschlossen betrachten muss, kommt es nicht darauf an, ob der Absender von falschen Voraussetzungen ausging, oder ob er sich überhaupt keine Gedanken über die vertragswidrige Ausführung der Bestellung gemacht hat.[1] Der Empfänger ist vielmehr berechtigt, die ihm zugestellte „alia res“ dann als unbestellte Ware zu behandeln, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles, besonders der Vertragsberedungen, die Sachlage eine solche ist, dass ein gewissenhafter Kaufmann die Ware für eine derartige hält, von der der Absender sich hätte sagen müssen, der Käufer werde sie nicht genehmigen. Der Grund, weshalb der Gesetzgeber die neue Vorschrift geschaffen hat, ist, wie oben schon des Näheren ausgeführt worden ist, der, die so schwierige Unterscheidung zwischen einer „alia res“ und einer Ware mit Qualitätsmängel überflüssig zu machen. Es erheben sich jedoch schon Stimmen, die Bedenken tragen, ob der Gesetzgeber seinen Zweck erreicht hat. So ist Cosack[2] der Ansicht, dass die Feststellung, ob die übersandte Ware den Charakter einer

[1] Denkschrift S. 243.

[2] Lehrb. des Handelsrechts S. 198 f.

„alia res“ hat, zwar unnötig sei, wenn es sich um die Frage der rechtzeitigen Rüge handelt, dass sie aber nicht zu umgehen sei, wenn Rechtsstreitigkeiten in betreff der einstweiligen Aufbewahrung und des sogenannten Selbsthilfeverkaufs zu entscheiden sind, denn das neue H. B. G. habe die Regeln des § 378 und § 379 verschieden behandelt, wie aus dem Wortlaut der Bestimmungen klar hervorgehe. Dagegen erklärt Staub,[1] dass man hier nicht streng an dem Wortlaut des Gesetzes haften dürfe. Wenn das Gesetz in § 378 als Rechtsfolge angebe, dass der § 377 Anwendung finden solle, so sei „offenbar damit gemeint“, dass nicht nur die Anzeigepflicht und bei deren Unterlassen das Genehmigungspräjudiz, sondern „alle Vorschriften über die Gewährleistung beim Handelskauf“ Platz greifen sollen. Wolle man dieses nicht annehmen, so werde der Richter, wenn der Empfänger rechtzeitig zur Disposition gestellt habe, wieder vor die schwierige Aufgabe gestellt werden zu entscheiden, ob ein „aliud“ vorliegt oder nicht, denn wenn das erstere der Fall ist, so müssen die „Regeln vom Erfüllungsverzuge“, wenn kein „aliud“ vorliegt, „die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel“ angewendet werden.

Noch ein anderer Streit herrscht zwischen den beiden Rechtslehrern. Staub[2] folgert aus dem Umstande, dass der Gesetzgeber — natürlich vorausgesetzt, dass der sonstige Tatbestand des § 379 vorliegt, nämlich dass der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft und die Ware von einem anderen Orte übersendet worden ist — nur „die Beanstandung“ der Ware verlangt, um die Pflicht der einstweiligen Aufbewahrung dem Empfänger aufzuerlegen, dass die Vorschrift des § 379 nur dann nicht Platz greife, wenn die Ware trotz ihrer Mängel behalten und nur der Anspruch auf Minderung oder Schadenersatz

[1] a. a. O. 1900. Bd. II. § 378 Anm. 2.
[2] a. a. O. 1900. Bd. II § 379 Anm. 11.

geltend gemacht wird. Der Schwerpunkt liegt nach Staub darin, dass der Gesetzgeber nur eine „Beanstandung" fordere; es sei gleichviel, weshalb dieselbe erfolgt sei, ob nur wegen Qualitätsmängel oder Quantitätsmängel, Sendung eines „aliud", auch dort, wo „der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muss".[1] Cosack dagegen bestreitet eine solche Ausdehnung des § 379, indem er sich auf den Wortlaut der neuen Bestimmungen stützt. In § 378 sei ausdrücklich gesagt, dass die Vorschriften des § 377 auch dann zur Anwendung kommen sollen, wenn ein „aliud" vorliegt, dagegen sei in § 379 nicht erwähnt, dass auch, wenn der Fall des § 378 vorliege, die Aufbewahrungspflicht bestehe. Ebenso verneint Cosack das Bestehen eines Zusammenhanges zwischen § 378 und § 379. Die Bestimmung des § 378 sei, so wie sie im Gesetz steht, eine eingeschachtelte Spezialnorm, die nur im Umfange des Wortlauts gelte und nicht in Verbindung mit § 379 angewendet werden dürfe. Auf einem sowohl von Staubs als auch von Cosacks verschiedenen Standpunkt steht Gareis,[2] dem auch wir uns anschliessen. Hiernach muss die Vorschrift des § 379 in demselben Umfange zur Anwendung kommen wie § 378. Man wird dem Empfänger also aus § 379 — natürlich auch hier wieder vorausgesetzt, dass die sonstigen Erfordernisse, die § 379 verlangt, vorliegen — auch bei einer Aliudsendung die Verpflichtung auferlegen, für die einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen, wenn sie nicht von der bedungenen Ware offensichtlich so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muss.[3] Ist die Abweichung jedoch offensichtlich eine so erhebliche, so

---

[1] Ebenso K. Lehmann, a. a. O. § 379 Note 4.

[2] Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts S. 536.
Ebenso Litthauer, a. a. O. Anm. b zu § 379. Denkschrift S. 243. Komm.-Ber. S. 120.

[3] Ebenso Fränkel, a. a. O. S. 63.

sind für den Empfänger, was Aufbewahrungspflicht und die in diesem Worte enthaltene Empfangnahmepflicht anlangt, die oben entwickelten Grundsätze über unbestellte Ware massgebend. M. E. entspricht diese Auffassung auch dem Wortlaut des Gesetzes, denn das Wort „beanstandet" im § 379 ist nur in Zusammenhang mit den Bestimmungen der §§ 377, 378 zu verstehen: es will soviel besagen, wie „nach den §§ 377, 378 zu beanstanden gehalten ist".

Was den Fall der sogenannten Mehrsendung anbetrifft, so wird in der einschlägigen Litteratur hervorgehoben, dass bei der Beurteilung der Rechtsfolgen, die sich in diesem Falle an die Zusendung knüpfen, in erster Linie die Tatsache zu berücksichtigen sei, ob die bestellte Ware von dem unbestellten „plus" ohne Zerstörung oder wesentliche Beeinträchtigung des Wesens und Wertes der Ware getrennt werden kann oder nicht. Dabei wurde der Fall, in dem die Ausscheidung nur mit grossen Schwierigkeiten[1] oder unverhältnismässig hohen Kosten für den Empfänger verknüpft ist, was juristische Behandlung anbetrifft, dem gleichgestellt, in welchem die Trennung ohne eine beträchtliche oder wesentlich wertmindernde Einwirkung unmöglich ist, und zwar insofern, als in beiden Fällen dem Empfänger das Recht zugestanden worden ist, die ganze Ware als unbestellte anzusehen und nach den Grundsätzen für diese zu behandeln. Auch unter der Herrschaft des neuen Rechts wird man im Wesentlichen zu demselben Resultat gelangen. Nach dem Wortlaut der neuen Norm kommt es darauf an, zu untersuchen, ob die übersandte Menge von Waren von der bedungenen Menge so erheblich abweicht, dass der Absender die Genehmigung des Empfängers als ausgeschlossen betrachten muss. Für die Entscheidung dieser Frage gilt dasselbe wie das bei Feststellung, ob das

[1] E. des R.O.H.G. zu Leipzig (3. Senat) vom 4. Oktober 1875. Seuffert, Arch. Band 32 S. 98.

„aliud“ die verlangte erhebliche Abweichung hat, Ausgeführte. Liegt eine solch' erhebliche Abweichung nicht vor, so hat der „Käufer“ einerseits die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen und zu rügen, falls sich der Mangel herausstellt, unter dem sonstigen Präjudiz der Genehmigung anderseits auch für die einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen. Liegt jedoch die im Gesetz verlangte erhebliche Abweichung vor, so regelt sich die Beurteilung des Rechtsverhältnisses des Empfängers zum Absender nach den Grundsätzen über unbestellte Ware,[1] die wir in ihren wesentlichen Zügen oben entwickelt haben. Wenden wir diese auf unseren Fall an, so kommen wir zu folgendem Resultat: Der Empfänger ist grundsätzlich bei der erwähnten erheblichen Abweichung nicht verpflichtet, die Ware der Übermittelungsperson abzunehmen, noch ist ihm, wenn dieselbe ohne seinen Willen in seinen Machtbereich gekommen ist, irgend eine Rüge- oder Aufbewahrungspflicht überkommen. In dem Schweigen ist weder das Präjudiz der Genehmigung enthalten noch macht er sich gegenüber dem Absender durch das blosse Schweigen schadensersatzpflichtig. Dagegen schliesst das Verfügen, wenn auch nur über einen geringen Teil dann die Genehmigung der ganzen Sendung in sich, wenn die Ware als unteilbares Ganzes angesehen wird und als solches geliefert worden ist. Bestellt der Kaufmann A bei dem Kaufmann B ein 25 Liter-Fass Fische und verkauft er aus dem von B auf die Bestellung hin als Erfüllung gesandten 100 Liter-Fass, wenn auch nur einen Fisch, so hat er hiermit seinen Annahmewillen durch eine schlüssige Handlung dahin betätigt, dass er die Abweichung des B von der Bestellung genehmigt hat; A ist somit verbunden, den Kaufpreis zu zahlen. Ist jedoch die bestellte Ware von dem plus leicht zu scheiden oder ist das plus von dem

[1] Denkschrift. S. 243.

Absender als Offerte gedacht und bezeichnet, so liegt in dem Sichaneignen eines Teiles der bestellten Ware die Zustimmung soweit die Bestellung reicht; hier schliesst ein solches Verfügen nicht das Präjudiz der Genehmigung der ganzen Sendung in sich.

Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Rechte und Pflichten der Parteien in den in Frage stehenden Fällen erübrigt sich, da die neuen Bestimmungen von K. Lehmann und Staub in den häufig citierten umfangreichen Kommentaren eine erschöpfende Erörterung gefunden. Es sei daher gestattet, auf die in den erwähnten Kommentaren enthaltenen einschlägigen Ausführungen zu verweisen.